



Processo nº 16151.720061/2018-31
Recurso De Ofício
Acórdão nº **1201-005.462 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 19 de novembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PHOENIX INDUSTRIA E COMERCIO DE TABACOS LTDA E OUTROS

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO GERENTE. ARTIGO 135, III, DO CTN. NECESSIDADE DE PROVA DE QUE O SÓCIO OU EX-SÓCIO AGIU COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI.

Para que a Fiscalização possa promover a responsabilização solidária dos administradores da pessoa jurídica, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN, necessária se faz a prova cabal de que os mesmos agiram com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há que se falar em responsabilidade tributária do sócio ou ex-sócio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso de ofício contra acórdão da DRJ, fls. 219/231, que decidiu pela improcedência da impugnação do contribuinte e, por outro lado, decidiu pela procedência parcial da impugnação do responsável solidário (excluindo-o do pólo passivo), ambos interpostos contra auto de infração decorrente de procedimento fiscalizatório (TVF – fls. 62/67) referentes à omissão de receita de atividade.

Para síntese dos fatos, reproduzo o relatório do acórdão combatido:

Relatório

Contra a contribuinte PHOENIX INDUSTRIA E COMERCIO DE TABACOS LTDA, em epígrafe, foram lavrados autos de infração, com exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), no valor de R\$ 9.051.480,07, fls. 068; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 4.097.033,74, fls. 087; Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), no valor de R\$ 5.639.941,16, fls. 081; e Contribuição para o PIS, no valor de R\$ 1.022.351,84, fls. 099, relativos a fatos geradores ocorridos no ano calendário 2013. Nos valores já estão incluídos juros de mora e multa de ofício, calculados até a data de elaboração do lançamento.

Ainda estão incluídos no rol de sujeitos passivos, como responsáveis solidários, a pessoa física URSINO DA SILVA GUIDIO FILHO.

I. DO PROCEDIMENTO FISCAL:

Reporto-me ao Termo de Verificação Fiscal, fls. 062/067, no qual a fiscalização detalha todo o procedimento adotado durante os trabalhos de auditoria, que, ao final, resultou no presente lançamento.

Informa a fiscalização que, após investigação, verificou que a empresa foi decretada como falida, pelo Poder Judiciário, tendo sido nomeada como representante legal da massa falida a empresa “Alta Administração Judicial Ltda”, que foi intimada sobre o início da fiscalização.

A empresa respondeu que não encontrou a documentação solicitada.

O Fisco elaborou planilha “Phoenix receitas 2013”, anexa aos autos, com informações retiradas das NFE, notas fiscais emitidas pela contribuinte no ano de 2013, do sistema Sped – NFE, resultando no total de receitas tributáveis apuradas no ano de 2013 no montante de R\$ 171.573.424,10.

Informa o Fisco que como a contribuinte não transmitiu a Receita Federal do Brasil (RFB) os arquivos do SPED Contábil do ano 2013 e da DIPJ 2014 ano calendário 2013; e como a representante legal da massa falida devidamente intimada respondeu que não encontrou documentos e livros referentes ao ano de 2013, não restou outra alternativa que não a proceder ao arbitramento do lucro da empresa, através de suas receitas conhecidas (NFE notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa em 2013), conforme dispositivos citados do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), decreto 3.000/1999.

Destaca o Fisco que constatou que Ursino da Silva Guidio Figueiredo era administrador da empresa à época da ocorrência dos fatos apurados pela fiscalização (2013), com poderes de administração, conforme consolidações contratuais registradas na Junta Comercial de São Paulo (JUCESP).

Após citar legislação, o Fisco considerou a pessoa citada como responsável solidário pelo crédito, pois:

- a) A empresa não cumpriu suas determinações legais com relação a terceiros (RFB) pela não apresentação da ECD - Escrituração Contábil Digital referente ao ano de 2013;
- b) Ursino da Silva Guidio Figueiredo consta como administrador e representante legal responsável e com isso responsável pela gestão da empresa e por infrações à Lei à época dos fatos;
- c) O administrador da sociedade, de acordo com artigo 1.016 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), responde solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções, dentre eles o dever de junto à RFB apresentar os livros Contábeis e Fiscais, no caso em questão, livros Diário e Razão do ano de 2013; e
- d) Ocorreu Infração de Lei, conforme determinado pelo artigo 135 do CTN.

Por fim, destaca o Fisco que considerou recolhimentos efetuados pela empresa.

II. DA IMPUGNAÇÃO:

Cientificada dos autos de infração em 16/08/2017, fls. 0109, irresignada, a contribuinte apresentou a impugnação, fls. 0167/0174, em 14/09/2017, por meio da qual apresenta suas razões de defesa.

O responsável solidário também foi intimado, em 16/08/2017, fls. 0111, e também apresentou sua impugnação, em 15/09/2017, fls. 0117 a 0153, por meio da qual apresenta suas razões de defesa.

Analisaremos cada uma das impugnações.

CONTRIBUINTE:

A contribuinte inicia seus argumentos destacando que sua defesa deve ser recebida.

Alega, ainda, que a imposição da multa tem caráter confiscatório, indo de encontro ao que determina a Constituição Federal.

Por fim, quanto ao mérito, defende que os cálculos efetuados pelo Fisco devem ser revistos, porque não concernentes com as características da sociedade ora falida, em razão da sua própria atividade econômica, restando impugnados os valores considerados com base de cálculo para a tributação e, consequentemente, os valores finais apurados.

Solicita o acolhimento e a decretação da procedência de sua defesa.

RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO:

O responsável solidário inicia sua defesa afirmando que, preliminarmente, não é possível sua responsabilização, devido a mera inadimplência, passível apenas de execução fiscal em desfavor da pessoa jurídica.

A possibilidade do Fisco efetivar o lançamento pelo uso de notas fiscais demonstra que o impugnante cumpriu sua obrigação e o descumprimento de obrigações acessórias não tem o condão de responsabilizá-lo.

O que há nos autos é a mera inadimplência, passível somente de exigência fiscal, nos moldes do que determina a Lei de Execuções Fiscais, já que estão ausentes os requisitos para responsabilização do administrador.

Destaque-se que a ausência de prestação de informações ao Fisco não foi motivada por omissão do Impugnante, pois todos os documentos encontravam-se com o administrador judicial.

A pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros, como determina o Código Civil e a Lei das S A.

O impugnante afirma que não cometeu os atos descritos no Art. 135, do CTN, pois, inclusive, não há demonstração de dolo pelo Fisco.

Destaca jurisprudência e doutrina que, em seu entender, vão ao encontro de sua defesa.

Alega que recolhimentos efetuados não foram abatidos para o cálculo do crédito.

Em outro ponto, defende que o lançamento foi efetuado por presunção, medida incabível.

A administração da massa falida pediu aumento de prazo para entrega ao Fisco, sendo ignorada, cerceando seu direito à defesa, pois somente o lucro deve ser tributado, no caso do IRPJ.

Apresenta decisões do Conselho de Contribuintes que, em seu entender, vão ao encontro do que defende.

Solicita realização de diligência para a busca da verdade material.

Aduz que a multa aplicada é confiscatória.

Por fim, solicita o recebimento e a decisão pela procedência de seus argumentos.

Os autos vieram para essa Delegacia, para análise e decisão.

É o relatório.

Assim, conforme já adiantado, o acórdão recorrido negou provimento à impugnação do contribuinte, mas, por outro lado, concedeu parcial provimento à impugnação do responsável solidário, excluindo-o do pólo passivo, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

ANÁLISE SOBRE CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADMINISTRADORES. INFRAÇÃO À LEI. PROVA. COMPROVAÇÃO.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado 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.

No presente caso, não ficou demonstrado o nexo causal entre a conduta do responsável solidário definido pela autoridade fiscal e o surgimento dos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, motivo da exclusão de sua responsabilidade.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Na análise do presente caso, não encontramos argumentos que fundamentassem a necessidade da realização da diligência/perícia, motivo de seu indeferimento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido.

Em face da exoneração (relativa ao responsável solidário) ter sido superior ao valor mínimo estipulado regimentalmente para remessa de ofício, houve encaminhamento automático de recurso de ofício para apreciação do CARF, conforme o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Finalmente, nem o responsável solidário nem o contribuinte interpuseram recursos voluntários.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

Trata-se de recurso de ofício interposto com fulcro no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, por força de recurso necessário.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e, a seguir, passo à análise do mérito recursal.

No caso concreto, o recurso tangencia à atribuição de responsabilidade do sócio gestor fundamentada no art. 135, III do CTN.

Ainda, o acórdão recorrido registra que:

Inicialmente, cabe esclarecer que a responsabilização solidária dos administradores da pessoa jurídica se insere no tema das garantias do crédito tributário e visa, desde logo, carrear as provas necessárias para caracterizar a responsabilidade de terceiros, assegurando-lhes a apresentação de suas razões de impugnação e, por conseguinte, o exercício do direito constitucional da ampla defesa no processo administrativo, dispensando a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de requerer o redirecionamento da execução fiscal contra sujeito passivo não incluído na Certidão de Dívida Ativa.

No presente caso, procedeu a autoridade fiscal à responsabilização solidária do gestor citado, com fundamento no artigo 135, inciso III, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), assim como, também, pelo Determinado no artigo 1.016, do Código Civil. Vejamos a dicção dos referidos dispositivos legais, in verbis:

CTN:

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 (negritei):

...

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

Código Civil:

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Examinando o alcance da norma determinada no CTN, a Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, ressaltou que, em que pese o caput desse artigo mencionar "pessoalmente responsáveis", trata este artigo de responsabilidade solidária.

O entendimento manifestado pela dnota Procuradoria no citado parecer toma por base a jurisprudência do STJ e externa as seguintes conclusões:

"(...) c) Para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social;

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

e) A tese da responsabilidade substitutiva também deve ser excluída pela inexistência de norma legal de desoneração da pessoa jurídica em razão da prática de ato ilícito por parte do administrador;

f) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores é incompatível com a adoção da tese da responsabilidade subjetiva, acolhida pelo STJ,

visto que não se pode conceber que o terceiro, sendo sancionado pela prática de ato ilícito, condicione sua responsabilidade à inexistência de bens da pessoa jurídica, suficientes para a satisfação do crédito;

g) A tese da responsabilidade subsidiária, em sentido próprio, dos administradores também deve ser afastada em razão da jurisprudência do STJ que admite que a execução fiscal seja ajuizada, desde logo, contra sociedade e administrador; não se trata de mera questão de legitimidade, como seria no processo de conhecimento, pois que, no processo de execução, não se admite o processamento da ação sem que se tenha presente, desde o início, a exigibilidade da pretensão em face do executado;

h) Os acórdãos do STJ que fazem referência à “responsabilidade subsidiária” somente podem ser entendidos no sentido impróprio da expressão, que exige, além da existência de poderes de gerência e da prática de ilicitude pelo administrador, a ausência de pagamento pontual da obrigação tributária, e não a insolvabilidade da pessoa jurídica, o que se aproxima, na prática, da responsabilidade solidária decorrente de ato ilícito; (...)"

Já no que diz respeito ao elemento subjetivo, concluiu o item 59 do mencionado parecer que se exige apenas o dolo gênero e não o dolo espécie, com base nos seguintes fundamentos, litteris:

“ 59. A respeito da necessidade da presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige tão-só a presença de “infração de lei” (=ato ilícito), a qual, pela teoria geral do Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposo como de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa). Logo, se a lei e a jurisprudência não separam as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a persecução do dolo; basta a culpa.”

Por outro lado, é certo que, para que a Fiscalização possa promover a responsabilização solidária dos administradores da pessoa jurídica, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN, **necessária se faz a prova cabal de que os mesmos agiram com excesso de poderes ou infração à lei**, contrato social ou estatutos, consoante entendimento externado pelo STJ, nos seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES, VERIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO DO SÓCIO NÃO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ.

(...)

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. (negritei) Inexistência de responsabilidade do ex-sócio. (...)

(STJ, 1^a Turma, REsp 327462/MG, de 04/10/2001, DJ de 18/02/2002, Rel. Min. José Delgado)"

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III. CTN. DIRETOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE INFRAÇÃO À LEI OU ESTATUTO.

(...)

2. 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. (negritei)

(...)

(STJ, 1^a Seção, ERESP 100739/SP, DJ de 28/02/2000, Rel. Min. José Delgado)"

Essa prova é absolutamente indispensável, pois, nas palavras do Min. Ari Pargendler (REsp 100739/SP, de 19/11/1998, DJ de 01/02/1999), “(...) *Quem está obrigado a recolher os tributos devidos é a própria pessoa jurídica; e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o sócio-gerente (ou diretor), a obrigação tributária é daquela, e não deste.* (...)”

No caso sob exame, para deixar bem claro, o Fisco defendeu a responsabilização pelos seguintes motivos:

"Portanto, considerando-se que:

- *A empresa não cumpriu suas determinações legais com relação a terceiros (RFB) pela não apresentação da ECD - Escrituração Contábil Digital referente ao ano de 2013;*
- *De acordo com o Contrato Social da empresa o Sr. Ursino da Silva Guidio Figueiredo consta como administrador e representante legal responsável e com isso responsável pela gestão da empresa e por infrações à Lei à época dos fatos;*
- *O Sr. Ursino, como administrador da sociedade, de acordo com artigo 1.016 da Lei 10.406/2002 - do Código Civil, responde solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções, dentre eles o dever de, junto à RFB, apresentar os livros Contábeis e Fiscais, no caso em questão, livros Diário e Razão do ano de 2013;*
- *Ocorreu Infração de Lei conforme determinado pelo artigo 135 do CTN.*

Todos estes fatos expostos levaram esta fiscalização à constituição do crédito tributário por arbitramento, devido a impossibilidade da determinação do lucro real da empresa.

Ora, com todo respeito à autoridade fiscal, a responsabilização do sócio só deve ocorrer quando sua participação - dolosa ou culposa, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos - for motivadora da origem do crédito lançado.

A empresa descumpriu obrigação acessória, é um fato, mas esse descumprimento não impediu a efetivação do presente lançamento.

Aliás, a ausência de entrega dessas declarações à RFB por si só já deveria dar início a procedimento de auditoria fiscal, ainda mais com valor tão expressivo constante da soma das notas fiscais expedidas.

Outro ponto a destacar é que a multa de ofício não foi qualificada, demonstrando que a autoridade fiscal não encontrou a ocorrência de simulação, fraude ou conluio nos procedimentos adotados pela empresa.

Assim, não encontramos justificativas para a responsabilização da pessoa física citada, motivo da procedência da impugnação neste ponto.

Nesse aspecto, por inexistirem fundamentos aptos a infirmar os fundamentos aduzidos no acórdão recorrido, e por com eles concordar, proponho sua confirmação nos termos do art. 57, §3º do RICARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso para, no mérito, NEGAR PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz