



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

Processo n° 18088.720163/2011-16
Recurso n° 933.680 Voluntário
Acórdão n° **1301-001.062 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de outubro de 2012
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2007

Ementa:

SUJEIÇÃO PASSIVA. PESSOA JURÍDICA EXTINTA. LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Comprovada a extinção da pessoa jurídica, eis que carreado aos autos documento relativo à dissolução e ao arquivamento do correspondente distrato social, revela-se incabível a formalização de exigência tributária em seu nome, dado que a pessoa jurídica extinta, sendo inexistente no mundo jurídico, não pode compor o pólo passivo da referida obrigação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO DE LEI.

Enquadra-se nas disposições do art. 135 do Código Tributário Nacional o sócio administrador da sociedade que, detendo perfeito conhecimento acerca dos atos que conduziram à subtração de rendas à tributação, promove a dissolução da referida sociedade. No caso, resta patente que o produto sonegado ao erário constituiu patrimônio absorvido de forma indevida pelo citado sócio, haja vista a extinção da pessoa jurídica.

SIGILO BANCÁRIO. SIGILO FISCAL

Descabe falar em afastamento de sigilo bancário sem autorização judicial quando se constata que o lançamento tributário não tomou por base dados relacionados à movimentação financeira do contribuinte. Improcedente, da mesma forma, a arguição de “quebra” de sigilo fiscal em razão da utilização, pela autoridade fiscal, de documentos de terceiro relacionado com a infração apurada, eis que, dada a universalidade da documentação que serve de

suporte para a imputação feita por meio do procedimento de ofício, referido sigilo deve ser preservado, sob pena de responsabilidade funcional.

INFORMAÇÕES EXTERNAS. PROVA EMPRESTADA.

Se os elementos que serviram de subsídio para o lançamento tributário, originários de informações prestadas ao Fisco estadual, tiveram a sua plausibilidade aferida por investigações complementares promovidas pela autoridade fiscal e decorreram de informações prestadas pelo próprio fiscalizado, há de se manter as imputações infracionais deles decorrentes.

DOLO. MULTA QUALIFICADA.

Se os fatos apurados pela Autoridade Fiscal permitem caracterizar o intuito deliberado da contribuinte de subtrair valores à tributação, é cabível a aplicação, sobre os valores apurados a título de omissão de receitas, da multa de ofício qualificada de 150%, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

BASE DE CÁLCULO. INCORREÇÃO. ALEGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

A simples alegação de que a base de cálculo apurada de ofício foi contaminada pela inclusão de valores não tributáveis, desprovida de elementos de comprovação, não tem o condão de afastar a exigência formalizada ou mesmo de reduzir o seu montante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir do pólo passivo a Tecneletra Construções Elétrica Ltda.

“documento assinado digitalmente”

Alberto Pinto Souza Junior

Presidente

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior, Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA., já devidamente qualificada nestes autos, inconformada com a decisão da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, São Paulo, que manteve, em parte, os lançamentos tributários efetivados, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Trata o processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição para a Seguridade Social - INSS, relativas ao ano-calendário de 2006, formalizadas a partir da imputação de omissão de receitas, apurada a partir do confronto entre os montantes de faturamento informados ao Fisco estadual e as informações consignadas na declaração simplificada (DSPJ) entregue à Receita Federal.

Por bem sintetizar os fatos apurados pela Fiscalização e os argumentos de defesa trazidos em sede de impugnação, transcrevo a seguir o relato feito em primeira instância.

[...]

Do procedimento Fiscal.

Ao analisar a Declaração Simplificada (DSPJ) apresentada pela empresa TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA. relativa ao ano calendário 2006 verificou-se que a contribuinte declarou à RFB uma receita total de R\$ 122.155,95, enquanto teve uma movimentação financeira de R\$ 4.027.995,17, esta auferida pela Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) no mesmo período.

Verificou-se também que os únicos sócios da TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA., Nelson Garcia Fernandes (CPF 050.727.94849) e Eraide Gonçalves Fernandes (CPF 277.901.82838), também eram os únicos sócios da TECNELETRA MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA. (CNPJ 05.342.622/000111) e que ambas as empresas eram optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), o que limitaria a receita máxima auferida pelas duas Empresas a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), nos termos do inciso IX do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, para fins de permanência no referido regime tributário.

Diante desses fatos deu-se início à fiscalização junto às citadas pessoas jurídicas, com objetivo de verificar a regularidade desses contribuintes no cumprimento de suas obrigações tributárias.

Por meio do Termo de Intimação nº 01/00525/2010 foi a empresa Tecneletra Construções Elétricas Ltda. intimada a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, relativamente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, cópia dos atos constitutivos, os livros fiscais (Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos

de Ocorrência, Livro Registro de Apuração do ICMS, Livro de Registro de Prestação de Serviços (municipal), Livros Registro de Entradas; Livro de Registro de Saídas; Livro Caixa, com movimentação financeira, inclusive bancária ou Livro Diário e Livro Razão no caso de possuí-los. Solicitou que esclarecesse se a receita auferida pela empresa correspondia ao que foi informado pela empresa na Declaração Simplificada e se o saldo total em caixa e bancos, bem assim o total das compras e das despesas informados estariam corretos e, no caso de ter havido algum erro, que informasse o valor mensal correto, acompanhado dos elementos de prova.

Em resposta, a contribuinte, por intermédio de seu advogado, Dr. Maurício Rehder César, informou que os documentos solicitados tinham sido extraviados, conforme cópia da publicação feita no jornal Folha da Cidade, de Araraquara, em 27/07/2010, e acrescentou que referida empresa encerrou suas atividades em 27/02/2009, conforme certidão simplificada expedida pela JUCESP, anexa.

Em 27/01/2010 a fiscalização lavrou o Termo de Intimação nº 02/00525/2010 (ciência em 01/02/2011), por meio do qual foi a contribuinte intimada a apresentar cópia dos Atos Constitutivos e o livro Caixa, com movimentação financeira, inclusive bancária, correspondente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, e esclarecer se os valores informados na Declaração Simplificada estariam corretos e, se não, informar os valores corretos. Exigiu-se, no caso de não ter efetuado a escrituração do livro Caixa, a reconstituição da contabilidade e a sua apresentação no prazo de 60 dias, facultada a opção pela modalidade de escrituração que mais lhe convier. Exigiu-se ainda a apresentação das Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIA) e as guias de recolhimento do ICMS, para o período de 01/01/2006 a 31/12/2006. Solicitou esclarecimentos detalhados a respeito da alegada destruição de documentos, inclusive exigiu a comprovação de ter a empresa cumprido as demais exigências contidas no art. 264, § 1º, do RIR/99, ou seja, informar o fato ao órgão de Registro do Comércio em quarenta e oito horas e remeter cópia à Receita Federal do Brasil de sua jurisdição.

Em resposta apresentada em 08/02/2011, a empresa juntou cópia dos atos constitutivos, bem como a ficha de breve relato expedida pela JUCESP; ratificou a informação de ter tido os documentos fiscais extraviados e a destruição total de projetos, contratos, etc., relativos às operações realizadas; alegou impossibilidade de apresentar o livro Caixa, bem (como) impossibilidade de conferir se os valores declarados à RFB estariam corretos diante do extravio de documentos já mencionado; afirmou que não se pode confiar nas informações prestadas ao fisco estadual, pelo simples fato de na época haver erros entre CFOP's de remessa e CFOP's de venda, erro este solicitado ao contador anterior para que fosse retificado e, que infelizmente até aquela data não foi realizado.

Em 19/05/2011, a Fiscalização enviou por via postal, para o endereço cadastral do Contribuinte, o Termo de Intimação Fiscal (TIF) nº 03/00525/2010, exigindo a apresentação do último Balanço Patrimonial e uma relação discriminativa de todos os bens e direitos integrantes de seu patrimônio naquela data. A correspondência retornou, constando no envelope a indicação "Mudou-se". Em 25/05/2011, a Fiscalização tentou novamente enviar correspondência para o endereço cadastral do Contribuinte, postando Termo de Continuidade do Procedimento Fiscal. Esta correspondência também retornou, constando no envelope a mesma indicação.

Diante disso, providenciou-se a afixação nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara do Edital de Intimação nº 36, relativo ao TCPF, no período de 26/05/2011 a 10/06/2011. O Edital de Intimação nº 40, relativo

ao TIF nº 03/00525/2010, ficou afixado nas dependências deste órgão público de 16/06/2011 a 01/07/2011.

Posteriormente, foi lavrado em 20/06/2011 o Termo de Intimação nº 04/00525/2010 (fls. 49/53), por meio do qual a fiscalização esclareceu à contribuinte que, tendo em vista a não apresentação do Livro Caixa e das Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIA) e o não esclarecimento a respeito das informações prestadas na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, não havia restado outra opção à Fiscalização para apurar a receita auferida pela empresa a não ser a utilização das Guias de Informação e Apuração do ICMS que constam nos sistemas de informação da RFB, conforme tabela contida em Anexo à Intimação. No mesmo termo consta intimação para a empresa se manifestar a respeito dos valores e informações contidos no Termo de Intimação, apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL) e seus Reflexos correspondentes ao ano-calendário de 2006, com base nos referidos valores. A intimação se deu através do Edital de Intimação nº 41, afixado de 21/06/2011 a 07/07/2011, nas dependências da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara.

A fiscalização ainda providenciou o envio de cópia dos editais, por via postal, para os seguintes endereços:

(a) Avenida Sumaré, nº 676, no município de Américo Brasiliense, São Paulo. Apesar de ser o endereço cadastral da Tecneletra Montagens Industriais Ltda., o Procurador da Empresa, em sua resposta ao TIF nº 02/00525/2010, informou tal localidade como sendo aquela em que a Tecneletra Construções Elétricas Ltda. "era estabelecida";

(b) Rua Dom Pedro II, 87, Centro, em Américo Brasiliense, São Paulo. Endereço do Sr. Nelson Garcia Fernandes, sócio administrador, que assumiu a responsabilidade pela guarda dos documentos da Empresa.

Consta do relatório que o representante legal da empresa compareceu em 08/07/2011 à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara e tomou ciência do TCPF, do TIF nº 03/00525/2010 e do TIF nº 04/00525/2010.

O Procurador do Contribuinte, em 11/07/2011, protocolou resposta aos citados Termos de Intimação Fiscal (fls. 65/67), reiterando a alegação de extravio de documentos e alegou que a receita apurada pela Fiscalização na Tabela do item 4 do TIF nº 04/00525/2010 estava equivocada por incluir remessa e venda de ativo imobilizado. Acrescentou que não teria como apresentar o último balanço patrimonial porque a empresa havia encerrado regularmente suas atividades em 31/03/2009, conforme *print* da JUCESP anexo e que, dessa forma, inexistiam bens móveis e imóveis em nome da empresa. Requereu que às intimações fossem encaminhadas para o endereço do Sr. Nelson Garcia Fernandes.

A Fiscalização acatou os argumentos do Procurador, efetuando a exclusão dos valores das citadas operações do cálculo da receita, conforme tabela do item 4.13.

Concluiu a fiscalização que a receita apurada em conformidade com as informações prestadas pela próprio contribuinte ao Fisco Estadual (Anexo I do Relatório Fiscal) estaria compatível com a movimentação financeira e que estaria comprovado que a contribuinte auferiu receitas superiores aos valores informados na DSPJ.

Assim, a diferença entre a receita apurada mediante a GIA e a receita declarada em DSPJ (quadro 4.17 do Relatório Fiscal) foi levada à tributação como omissão de receita para fins de apuração dos tributos devidos de acordo com o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES).

Sobre os impostos e contribuições foi aplicada a multa qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista as circunstâncias relatadas. Ainda, com fundamento no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, a multa qualificada foi aumentada de metade em virtude de não atendimento pelo sujeito passivo de intimação para prestar esclarecimentos solicitados através do TIF nº 02/00525/2010, entre eles estariam os esclarecimentos sobre a receita e demais informações prestadas na DSPJ; a não apresentação da lista de clientes e dos respectivos contratos, bem assim o Livro Caixa e as Guias de Informação e Apuração do ICMS.

Foi lavrado Termo de Sujeição Passiva em nome do Sr. Nelson Garcia Fernandes, inscrito no CPF sob o número 050.727.94849, por entender a fiscalização que foram praticados atos com infração à lei e o Sr. Nelson, na condição de sócio administrador, deveria responder pessoalmente pelos créditos constituídos em nome da empresa, com fundamento no art. 135, III, do CTN (Código Tributário Nacional).

Inconformada, a empresa ingressou com a impugnação (fls. 349/367) aduzindo como razões de defesa, em síntese, o seguinte:

1 - Da quebra do sigilo fiscal

A contribuinte alegou que as informações elencadas pelo fisco às fls. 01 do relatório fiscal, em que consta a movimentação financeira da impugnante, foram obtidas de forma indevida, pois inexistente ordem judicial que autorizou a referida quebra do sigilo bancário. Além disso, teria o Auditor-Fiscal, no curso do procedimento fiscal, violado o sigilo fiscal por ter juntado aos autos, receitas, movimentação financeira, cópias de contratos, propostas, orçamentos, etc., de outra empresa, que apesar de pertencer ao mesmo sócio desta, é personalidade jurídica distinta, razão pela qual requereu a nulidade do auto.

2 - Da prova emprestada

Alegou que a fiscalização baseou-se seu trabalho exclusivamente na prova emprestada pelo fisco estadual, que são as GIAs da impugnante, conforme anexo I do AI lavrado, não se valendo outra prova, o que é nulo de pleno direito.

3 - Da ausência de dolo e/ou fraude no extravio dos documentos solicitados e da nulidade das multas aplicadas no auto de infração

Alegou que, por motivos completamente alheios à sua vontade, foi surpreendida com a destruição de documentos que deveriam estar sob sua guarda (caso fortuito), mas logo que teve conhecimento deste fato, lavrou Boletim de Ocorrência e comunicou os órgãos competentes. No entanto, pode-se verificar pelo auto de infração lavrado que a autoridade fiscal não acreditou na situação ocorrida com a recorrente, consistente na deterioração e extravio da documentação fiscal citada nos autos, mas as "evidências" apresentadas pelo digno fiscal não passam de meras suposições, não servindo de base para atestar a caracterização de dolo por parte da impugnante.

Segundo a impugnante, em nosso ordenamento jurídico, o caso fortuito é excludente de responsabilidade, fato que impede a responsabilização do contribuinte em virtude da deterioração dos documentos apontados. Se isso não bastasse, o extravio dos documentos se deu em momento anterior à instauração do procedimento de fiscalização, fato este que demonstra a boa-fé da autuada.

Sustentou que não atendeu a solicitação do fisco porque não tinha a documentação solicitada, pelo extravio acima aludido, e que em nenhum momento houve interesse em protelar e/ou mesmo impedir o trabalho da autoridade fiscalizadora, razão pela qual qualquer penalidade aplicada à impugnante advinda da falta de apresentação dos documentos deve ser cancelada.

Concluiu que, ante a inexistência de dolo por parte da impugnante, não haveria que se falar em aplicação das multas previstas no artigo 44, I e § 1º da Lei 9.430/96, pois todos os atos praticados pela impugnante leva a crer que ela não cometeu nenhum ato que pudesse se amoldar nas figuras de sonegação, fraude ou conluio, sendo certo que fraude não se presume e, assim sendo, deveria o fisco ter demonstrado a ocorrência de fraude, o que não ocorreu. Acrescentou que a simples omissão de rendimentos não enseja a aplicação de multa qualificada conforme a Súmula Vinculante nº 25, proferida pelo CARF.

Contestou a aplicação da multa agravada pela falta de atendimento as intimações alegando ser ato totalmente arbitrário.

4 – Da inclusão irregular de rendimentos isentos/não tributáveis na base de cálculo do crédito tributário apurado.

Alegou que a fiscalização considerou como rendimento tributável as mercadorias de simples remessa (CFOP 5949 e 6949), quando deveria ter excluído da base de cálculo dos tributos apurados, por expressa disposição legal, e que a inclusão de tais valores indevidos acarreta a nulidade do lançamento.

5 - Da responsabilidade solidária do representante legal

Alegou que não há que se falar em responsabilidade do representante legal da empresa autuada, uma vez que inexistente qualquer fundamento jurídico para justificar a imputação feita pelo dano fiscal. Com efeito, a responsabilização do sócio só é possível naquelas hipóteses previstas no artigo 135, III do CTN, o que não é o caso dos autos em questão.

No final, requereu que seja: (a) declarada a nulidade do lançamento ou (b) retirados da base de cálculo os rendimentos isentos/não tributáveis; (c) deduzidos da base de cálculo os valores declarados e pagos pela contribuinte; e (d) anulada a multa qualificada imposta à impugnante.

A já citada 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, analisando o feito fiscal e a peça de defesa, decidiu, por meio do Acórdão nº. 14-35.836, de 18 de novembro de 2011, pela procedência parcial dos lançamentos tributários.

O referido julgado restou assim ementado:

ÔNUS DA PROVA.

A atribuição do ônus da prova ao Fisco não o impede de efetuar o lançamento de ofício com base nos elementos de que dispuser, quando o contribuinte, obrigado a

prestar declaração ou intimado a informar sobre fatos de interesse fiscal de que tenha ou deva ter conhecimento, se omite, recuse-se a fazê-lo, ou o faz insatisfatoriamente.

DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES DE FATURAMENTOS INFORMADOS AOS FISCOS ESTADUAL E FEDERAL. OMISSÃO DE RECEITAS.

Correta a exigência, fundamentada em divergências apuradas entre os valores relativos aos faturamentos mensais, informados aos fiscos estadual e federal, quando estes se apresentam em valores inferiores àqueles, caracterizando a ocorrência de omissão de receitas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502 de 1964.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO FISCAL.

Não restando perfeitamente caracterizada a recusa do contribuinte em atender a intimação fiscal, é de se afastar o agravamento da multa de ofício.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Comprovado que, no exercício de sua administração praticaram os sócios, gerentes ou representantes da pessoa jurídica atos com excesso de poderes ou infração de lei, tipificada estará a sua responsabilidade solidária prescrita pelo art. 135 do Código Tributário Nacional.

Irresignada, a contribuinte apresentou o recurso de folhas 397/412, por meio do qual renova os argumentos expendidos na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Pelo que se pode depreender, a ação fiscal de que trata o presente processo foi iniciada por meio do Termo de Intimação nº 01/00525/2010 (fls. 07), datado de 20 de dezembro de 2010.

Em resposta ao referido Termo, o Sr. MAURÍCIO REHDER CÉSAR, procurador constituído pelo Sr. NELSON GARCIA FERNANDES, sócio da fiscalizada, além de informar que os documentos solicitados haviam sido extraviados, afirmou que a empresa havia encerrado suas atividades em 27 de fevereiro de 2009, antes, portanto, do início do procedimento fiscal.

Como elemento de comprovação do aludido encerramento de atividades, foi trazido aos autos o documento de fls. 14/15 (CERTIDÃO SIMPLIFICADA), do qual releva destacar os seguintes elementos:

i) emissor: Junta Comercial do Estado de São Paulo;

ii) nome comercial: TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA.
EPP; CNPJ nº 01.550.295/0001-32;

iii) situação: DISSOLVIDA

iv) último documento arquivado (data: 31/03/2009): DISTRATO SOCIAL
DATADO DE 27/02/2009

Seguindo orientação contida no referido documento, foi possível confirmar sua autenticidade por meio do endereço eletrônico www.jucesp.fazenda.sp.gov.br.

A autoridade fiscal, apesar de registrar a apresentação da CERTIDÃO SIMPLIFICADA (Termo de Intimação nº 02/00525/2010 – fls. 16), nenhuma outra consideração fez a respeito do fato de a empresa fiscalizada ter sido extinta.

A autoridade julgadora de primeira instância, na mesma linha, nenhuma consideração fez em relação ao fato em questão (extinção da pessoa jurídica fiscalizada).

Em que pese a ausência de manifestação do representante da autuada acerca da matéria, penso que, relativamente à pessoa jurídica TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA., o lançamento tributário não pode subsistir.

Alinho-me aqui ao entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro Waldir Veiga Rocha, que nos autos do processo administrativo nº 18471.001516/200694 (acórdão nº 130100.753, de 23 de novembro de 2011) assinalou, *in verbis*:

[...].Com a extinção por liquidação voluntária, cessa a personalidade jurídica daquela tida por contribuinte no lançamento ora discutido, o qual não pode, assim, subsistir.

A jurisprudência majoritária da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes e também deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com a qual concordo, é de que pessoa jurídica extinta não pode figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária, conforme ilustram as decisões cujas ementas são a seguir transcritas:

LANÇAMENTO – PESSOA JURÍDICA EXTINTA – LIQUIDAÇÃO – O artigo 121 estabelece que o sujeito passivo é quem estiver obrigado ao pagamento do tributo, que pode ser o contribuinte ou o responsável indicado na lei. A pessoa jurídica subsiste até o final de sua liquidação, de modo que não é possível promover lançamento (formalização da relação jurídico tributária) contra uma pessoa extinta pois ela é inexistente no mundo jurídico.

ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DE SUJEITO PASSIVO – PESSOA JURÍDICA EXTINTA – É inadmissível a lavratura de auto de infração contra pessoa jurídica extinta, bem como a transferência do pólo passivo da relação jurídica tributária no curso do processo administrativo a um dos sócios da empresa sem o devido processo legal para identificar o responsável conforme previsto no Código Civil e no Código Tributário Nacional (arts. 128 a 135), abrindo a possibilidade do direito à ampla defesa e ao contraditório. (Ac. CSRF/0105.352, de 05/12/2005, Rel. Cons. José Henrique Longo).

SOCIEDADE EXTINTA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. A pessoa jurídica dissolvida por deliberação social não é titular de direitos, nem sujeito de obrigação. Os direitos se transmitem aos seus membros de acordo com a vontade expressa no contrato de dissolução e as obrigações, inclusive as tributárias, por força de lei. (Ac. 10322.779, de 06/12/2006, Rel. Cons. Paulo Jacinto do Nascimento).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PESSOA JURÍDICA EXTINTA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. A pessoa jurídica formal e regularmente extinta não tem existência no mundo jurídico, sendo inadmissível a lavratura de auto de infração contra ela após sua liquidação. (Ac. 10323.204, de 14/09/2007, Rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PESSOA JURÍDICA EXTINTA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. A pessoa jurídica formal e regularmente extinta não tem existência no mundo jurídico, e deve ser excluída do pólo passivo de lançamento efetuado após sua liquidação. (Ac. 10516.986, de 27/05/2008, Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha)

No caso vertente foi aportada ao processo certidão que atesta a dissolução da pessoa jurídica em data anterior ao início do procedimento fiscal, não se podendo admitir,

assim, a formalização de obrigação contra referida pessoa, eis que inexistente no mundo jurídico.

Em que pese o fato de que, em determinadas circunstâncias, a indicação equivocada do sujeito passivo da obrigação tributária pode representar vício meramente formal, passível até mesmo de desconsideração no que tange aos efeitos jurídicos do ato praticado¹, penso que no caso vertente a situação seja outra.

Com efeito, a Fiscalização identificou como sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de contribuinte, pessoa jurídica que já se encontrava extinta em momento anterior ao início do procedimento fiscal.

Destaco, inclusive, que, na situação retratada nos autos, estamos diante de vício material inibidor da realização de novo lançamento nos termos preconizado pelo inciso II do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Em vista do exposto, pronuncio-me pelo cancelamento das exigências relativamente à TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA.

No que tange à indicação do Sr. NELSON GARCIA FERNANDES como responsável tributário, contudo, penso diferente.

Na esteira de mansa e pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é certo que *“a simples falta de pagamento, pela empresa, de débito nascido de ato lícito do seu administrador, não torna o seu administrador por ele responsável.”* Assim, *“a responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do mesmo Código², somente se configura se tiver ele dado, em razão da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos causa ao nascimento da obrigação tributária inadimplida”* (EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.153.873 - RS 2009/0164659-8) – GRIFEI.

Penso, pois, que os elementos reunidos ao processo pela autoridade fiscal conduzem à conclusão inafastável de que o Sr. Nelson Garcia Fernandes, sócio administrador da pessoa jurídica dissolvida, que detinha 95% das quotas representativas do capital social da empresa extinta, tem responsabilidade pessoal pelo crédito tributário constituído, eis que pautou sua conduta com evidente infringência da lei.

Os elementos a seguir indicados corroboram a tese aqui esposada, senão vejamos:

a) a empresa fiscalizada, da qual o senhor Nelson Garcia Fernandes era sócio e administrador, faturou, conforme informações prestadas à Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo, R\$ 4.595.293,39 no ano-calendário de 2006, enquanto à Receita Federal declarou ter auferido receita de apenas R\$ 122.155,95, sendo que, relativamente a esse valor declarado, nenhum pagamento efetuou;

b) o Sr. Nelson Garcia Fernandes também era sócio da empresa TECNELETRA MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA., em que, por meio de procedimento

¹ Entendo que, relativamente à ação fiscal desenvolvida com perfeito conhecimento do verdadeiro sujeito passivo da obrigação, inclusive com o exercício, por este, do direito de defesa, havendo, tão-somente, equívoco na identificação feita na peça acusatória, descabe a decretação da nulidade do ato administrativo.

² Código Tributário Nacional

fiscal simultâneo, foram apuradas irregularidades idênticas às que foram retratadas no presente processo, o que denota conduta reiterada;

c) no caso da empresa TECNELETRA MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA., a receita declarada no ano-calendário de 2006 foi ZERO enquanto a informada à Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo foi de R\$ 4.315.053,13, e, da mesma forma, nenhum pagamento foi realizado;

d) diante da grandeza dos valores envolvidos e da identidade de conduta, a eventual alegação de mero erro na apuração das exações devidas não tem espaço, restando clara a intenção de, por meio do fornecimento de informações inverídicas ao Fisco federal, submeter à incidência tributária parcela mínima da renda auferida;

e) inadmissível também a tese de que o Sr. Nelson Garcia Fernandes, sendo sócio administrador da empresa dissolvida, desconhecesse, a partir da disparidade dos valores movimentados e das informações prestadas ao Fisco federal, a ação de subtração à tributação das rendas geradas em razão dos atos negociais praticados;

f) não obstante o fato de a fiscalização não ter sido direcionada nesse sentido, elementos aportados ao processo indicam que a constituição das empresas TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA. e TECNELETRA MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA., ambas administradas pelo Sr. Nelson Garcia Fernandes, visou, apenas, adequar o montante de receita auferido por cada uma delas aos limites estabelecidos pela legislação do SIMPLES (citadas empresas apresentam identidade de objeto social; têm o mesmo quadro societário; e chegaram a funcionar no mesmo local);

g) a comunicação acerca dos extravio dos documentos fiscais e contábeis, publicado em jornal local em 27 de julho de 2010, se acolhida como meio de prova, atesta a negligência do Sr. Nelson Garcia Fernandes na guarda dos documentos que, de acordo com a certidão expedida pela Junta Comercial do estado de São Paulo, seria de sua inteira responsabilidade;

h) não obstante o considerado no item anterior, os fatos apontados como motivadores do extravio da documentação (infiltração de água e cupim); a indicação do local da sua ocorrência (laje do escritório); e o extravio concomitante dos documentos das duas empresas (TECNELETRA CONSTRUÇÕES e TECNELETRA MONTAGENS), desprovidos, por completo, de elementos complementares de prova, contaminam de suspeição a alegação e fortalecem a tese da prática intencional da infração;

i) pesquisa realizada na INTERNET pela Fiscalização em 27 de junho de 2011 aponta para fatos que fragilizam alegações trazidas no curso do procedimento fiscal pelo representante legal da fiscalizada, e que, por outro lado, robustecem a tese de conduta dolosa na prática da infração (o sítio na INTERNET, ressalvada a indicação do endereço, não distingue a TECNELETRA CONSTRUÇÕES da TECNELETRA MONTAGENS; apesar de, quando intimado, o representante da fiscalizada alegar que, em razão do extravio dos documentos, não tinha meios para identificar clientes, o sítio na INTERNET revela laços estreitos da fiscalizada com empresas contratantes; fotos das instalações da fiscalizada, reveladoras do elevado grau de limpeza e conservação, conflitam com as circunstâncias causadoras do extravio da documentação – infiltração e cupim); e

j) a Fiscalização carrou aos autos contratos de prestação de serviços e fornecimentos de bens no ano-calendário de 2006, bem como cópia de notas fiscais, que indicam faturamento, com um único cliente (UNIALCO S/A Açúcar e Álcool), no referido ano, no montante de R\$ 2.109.056,91.

Cabe destacar que o Sr. Nelson Garcia Fernandes, ao deliberar pela dissolução da sociedade, apropriou-se indevidamente do patrimônio desta, em detrimento do pagamento do crédito tributário, concorrendo assim para a sua extinção irregular. Andou bem a Fiscalização, pois, ao enquadrar a conduta do Sr. Nelson Garcia Fernandes nas disposições do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Em razão dos argumentos antes expendidos e em homenagem ao princípio do contraditório, recepciono a peça recursal como impetrada pelo Sr. Nelson Garcia Fernandes, motivo pelo qual passo a abordar as alegações ali esposadas.

SIGILO FISCAL – SIGILO BANCÁRIO

Alega o Recorrente que as informações elencadas no Relatório Fiscal, em que consta a movimentação financeira da empresa fiscalizada, foram obtidas de forma indevida, pois inexistente ordem judicial autorizando o afastamento do sigilo bancário. Diz que a autoridade fiscal violou também o sigilo fiscal, pois trouxe aos autos dados de empresa que, apesar de pertencer ao mesmo sócio, tem personalidade distinta.

Não merecem acolhimento tais argumentos.

Em primeiro lugar, descabe falar em afastamento de sigilo bancário, vez que a Fiscalização, para fins de constituição dos créditos tributários, não tomou por base qualquer informação relativa à movimentação financeira da empresa fiscalizada. Quando muito, os dados serviram apenas para confirmar que as informações prestadas à Receita Federal relativas às receitas auferidas no ano-calendário de 2006 não guardavam qualquer relação com o faturamento efetivo do referido ano.

Aqui, à evidência, não se trata de lançamento tributário que tomou por base extratos bancários.

Ainda que se despreze o fato de que as empresas TECNELETRA CONSTRUÇÕES e TECNELETRA MONTAGENS, considerados os elementos trazidos ao processo e antes referenciados no presente voto, representam um único ente, a Fiscalização, ao fazer referência ou mesmo colacionar ao feito dados relativos a empresas que com a fiscalizada guardam estreita relação, seja de natureza comercial, seja de natureza societária, não incorre em ilegalidade de qualquer natureza. Como é cediço, as informações e dados retratados e revelados nos autos acerca de pessoas intervenientes nos atos investigados pela Fiscalização revelam uma única universalidade, sendo esta protegida pelo sigilo fiscal, sob pena de responsabilidade funcional.

À evidência, acatar a tese expendida pelo Recorrente significaria em última análise cercear por completo o poder investigativo do Fisco, impedindo-o de, em homenagem ao princípio da verdade material, retratar no processo os fatos justificadores da peça de autuação.

Não obstante as considerações acima, cabe notar que a autoridade fiscal cuidou de, adequadamente, tratar da questão do sigilo fiscal referenciado pelo Recorrente.

Às fls. 18 do Relatório Fiscal restou assinalado, *in verbis*:

7. Considerações sobre o Sigilo Fiscal

7.1 Tendo em vista que a Fiscalização cita no presente Relatório Fiscal dados relativos a outra pessoa jurídica, faz-se necessário (*sic*) algumas considerações a cerca (*sic*) do instituto do sigilo fiscal aplicado na situação em pauta, no caso de, eventualmente, tal questão ser argüida pelo interessado.

7.2 Como Tecneletra Construções Elétricas Ltda. – EPP e Tecneletra Montagens Industriais Ltda. possuem o mesmo representante legal, o Sr. Nelson Garcia Fernandes, os dados citados a respeito das duas pessoas jurídicas já são do seu conhecimento. Assim como o resultado dos procedimentos fiscais realizados nas duas Empresas que, por fim, também serão inevitavelmente de seu conhecimento.

7.3 Portanto, não é possível a esta Fiscalização ter revelado ou vir a revelar fato protegido pelo sigilo a terceiro, simplesmente porque este não existe.

[...]

7.5 Tendo em vista que este instituto visa proteger a sociedade da conduta irregular praticada por funcionário público, entender que a quebra de sigilo poderia ter ocorrido no presente processo administrativo traria conseqüências absurdas, uma vez que tal dispositivo funcionaria como forma de proteger o mau contribuinte e, portanto, em detrimento do interesse público. **Destaca-se que as informações das duas Empresas foram importantes, em seu conjunto, para a apuração das circunstâncias e fatos, sendo, inclusive, relevantes na caracterização do dolo.** (GRIFEI)

PROVA EMPRESTADA

Alega o Recorrente que a autoridade fiscal baseou-se exclusivamente na prova emprestada pelo fisco estadual, não se valendo de outra prova, o que é nulo de pleno direito.

De fato, a autoridade fiscal, diante da ausência de explicação do Recorrente acerca da divergência apurada entre as informações prestadas ao Fisco estadual e à Receita Federal, serviu-se dos dados transmitidos por ele próprio (pelo contribuinte) à Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo por meio de GUIAS DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS (GIA).

Todavia, como destacado pela autoridade autuante (fls. 15 do Relatório Fiscal), as informações obtidas junto à Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo foram amparadas por convênio, sendo, portanto, legais; referidas informações foram prestadas pelo próprio contribuinte; e os valores ali espelhados guardam compatibilidade com os montantes descritos em contratos de prestação de serviços e fornecimentos de bens firmados pela TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA. e com as notas fiscais colhidas por meio de diligência fiscal (destaca a Fiscalização que, somente com o grupo Unialco S/A Açúcar e Alcool, a TECNELETRA faturou R\$ 2.109.056,91).

Não encontra respaldo nos autos, portanto, a alegação do Recorrente de que a autoridade fiscal baseou-se em procedimento desprovido de amparo legal e fundamentado exclusivamente em prova emprestada.

Cumpra salientar ainda que, ao promover a quantificação da matéria tributável, a Fiscalização, acolhendo argumentação do representante habilitado, cuidou de excluir valores que comprovadamente não correspondiam a receitas.

CONDUTA DOLOSA

Alega o Recorrente que o dolo do contribuinte deve ser provado, não havendo que se falar em presunção neste caso. Diz que a autoridade fiscal não acreditou na deterioração e extravio da documentação e que está devidamente demonstrado que não se aplica ao caso vertente a multa qualificada.

Equivoca-se o Recorrente.

Extrai-se dos autos que a autoridade fiscal, diferentemente do alegado na contestação, não baseou-se em presunções para a qualificação da multa, mas, sim, em informação prestada pela própria fiscalizada ao Fisco estadual, que foi, em parte significativa, comprovada por meio de contratos de prestação de serviços e fornecimento de bens, bem como de notas fiscais, que foram colhidos por meio de diligência fiscal.

Engana-se o Recorrente quando concentra seus argumentos no fato de não ter apresentado documentos no curso do procedimento fiscal, visto que não foi essa a razão que levou à qualificação da penalidade. Tal conduta (falta de apresentação de documentos) serviu para o agravamento da penalidade, mas, não, para a sua qualificação.

Como se viu, o agravamento em questão foi afastado pela decisão de primeiro grau.

A autoridade fiscal apenas assinalou que, **de forma complementar**, a implausibilidade do motivo que levou ao extravio dos documentos e das explicações que foram apresentadas no curso da ação fiscal poderia indicar, também, a ocorrência de fraude, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Para fins de qualificação, a autoridade autuante, servindo-se das disposições do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, descreveu os seguintes fatos (fls. 17 e 18 do Relatório Fiscal):

i) a TECNELETRA faturou R\$ 4.595.293,39 e declarou à Receita Federal R\$ 122.155,95;

ii) a TECNELETRA sequer recolheu os tributos declarados à Receita Federal;

iii) o ora considerado Recorrente (Sr. Nelson Garcia Fernandes), sócio administrador da TECNELETRA, manteve ativa duas pessoas jurídicas, distinta do ponto de vista formal, que, considerados os indícios levantados, atuavam de fato como uma única unidade empresarial; e

iv) a identidade de irregularidades apuradas nas empresas administradas pelo Sr. Nelson Garcia Fernandes³, somada aos indícios da atuação fática de um único ente empresarial, denota conduta reiterada e afasta a ocorrência de mero erro na prestação de informações ao Fisco federal.

Penso, em convergência com o narrado pela autoridade autuante, que a divergência entre as informações prestadas ao Fisco estadual e à Receita Federal, devidamente corroboradas, ao menos em parte, por contratos e notas fiscais, e que não foram, em nenhum momento, objeto de esclarecimento por parte dos investigados, retrata, nos exatos termos do disposto no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, ação dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais da fiscalizada, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

INCLUSÃO DE RENDIMENTOS ISENTOS/NÃO TRIBUTÁVEIS NA BASE DE CÁLCULO

Alega o Recorrente que a autoridade fiscal considerou, na apuração do crédito tributário com base nas GIAs informadas ao Fisco estadual, valores referentes a mercadorias de simples remessa, que deveriam ter sido abatidos.

Referida alegação, como ressaltado pela decisão recorrida, encontra-se desprovida de elementos de comprovação, motivo pelo qual descabe o seu acolhimento.

Como é cediço, àquele que aponta deficiências na quantificação da matéria tributável incumbe aportar ao processo prova do alegado.

Assim, esclarecendo que a questão da responsabilidade tributária do Sr. Nelson Garcia Fernandes já foi objeto de apreciação, conduzo meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para excluir do pólo passivo da obrigação, em virtude de sua extinção, a pessoa jurídica TECNELETRA CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA., mantendo a exigência em relação ao Sr. NELSON GARCIA FERNANDES.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães – Relator

³ A empresa TECNELETRA MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA., também administrada pelo Sr. Nelson Garcia Fernandes, foi submetida a procedimento fiscal simultâneo com o presente, tendo sido apurados os mesmos fatos e circunstâncias. Referida empresa declarou receita nula à Receita Federal relativamente ao ano-calendário de 2006, e, da mesma forma, não efetuou qualquer recolhimento a título do SIMPLES.

Processo nº 18088.720163/2011-16
Acórdão n.º **1301-001.062**

S1-C3T1
Fl. 440

CÓPIA