



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

Processo n° 10410.003377/2007-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1301-00.702 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 30 de setembro de 2011
Matéria RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
Recorrente FRANCISCO JOSÉ ALBUQUERQUE MARQUES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2002, 2003

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Apresenta vício de nulidade o julgado proferido em preterição ao direito de defesa, caracterizado a partir da ausência de análise dos argumentos do sujeito passivo acerca da responsabilidade tributária. Inteligência do art. 59, inciso II, *in fine*, do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife, para que seja apreciada a sujeição passiva do recorrente.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

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

Relatório

FRANCISCO JOSÉ ALBUQUERQUE MARQUES, já qualificado nestes autos, inconformado com o Acórdão nº 11-27.254, de 07/08/2009, da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

O relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância assim descreve o ocorrido:

Trata o presente processo de impugnação ao termo de Sujeição Passiva Solidária, desdobramento dos autos de infração lançados contra a empresa Alagoas Comércio de Alimentos Ltda., processos nº 10410.004700/2006-07 (fls. 14 a 44) e 10410.001367/2007-57 (fls. 86 a 116), e do processo de Representação Fiscal Para Fins Penais nº 10410.001385/2007-39 (fls. 45 a 85).

Em razão do interesse comum nos fatos geradores, assim descrito às folhas 47 a 49 do presente processo, foi incluído no pólo passivo da relação tributária, na condição de responsável solidário, entre outros, a pessoa física de Francisco José Albuquerque Marques, CPF 564.364.084-87.

DA IMPUGNAÇÃO

A pessoa jurídica apontada como responsável solidário apresentou, por intermédio de advogado legalmente constituído, impugnação às fls. 02 a 08, requerendo a sua exclusão do polo passivo da presente ação.

Apresenta como argumentos declarações próprias e de terceiros que não concorreu ou participou de qualquer ilícito que desse origem ao nascimento de obrigação tributária, que não contrariou Estatuto, Contrato Social ou dispositivo legal, de forma que o conduzisse ao polo passivo da presente demanda.

A 3ª Turma da DRJ em Recife/PE, por via do Acórdão nº 11-27.254, de 07/08/2009 (fls. 120/123), não conheceu da impugnação apresentada pelo responsável tributário, em decisão assim ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002

**SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.
TERCEIROS ARROLADOS.**

Escapa à competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento a análise da responsabilidade de terceiros arrolados nos autos pela Fiscalização.

Ciente da decisão de primeira instância em 05/01/2009, conforme Aviso de Recebimento à fl. 128, o sujeito passivo apontado como responsável tributário apresentou recurso voluntário em 04/02/2010 conforme carimbo de recepção à folha 129.

No recurso interposto (fls. 129/140), alega preliminarmente que seu direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto constitucionalmente, teria sido cerceado pela não

apreciação de sua impugnação. Colaciona jurisprudência administrativa e judicial que entende favorável a sua tese.

No mérito, o recorrente insiste na ausência de responsabilidade tributária, visto que jamais foi sócio, gerente ou administrador da empresa Alagoas Comércio de Alimentos Ltda., com razões semelhantes àquelas aduzidas em primeira instância.

Conclui com o pedido de provimento de seu recurso e acolhimento da preliminar suscitada, devendo os autos serem devolvidos à instância *a quo* para apreciação da defesa referente à responsabilidade tributária.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Inicialmente, deve ser apreciada a preliminar de nulidade da decisão recorrida, por ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Ao contrário da decisão proferida em primeira instância, entendo que cabe à DRJ a análise de todas as provas e argumentos suscitados pelo sujeito passivo, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

Na peça impugnatória, foi suscitada a ilegitimidade passiva do Sr. Francisco José Albuquerque Marques e, conforme relatado, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento não efetuou a análise dessa argumentação.

Sem entrar no mérito da responsabilidade imputada, entendo que agiu corretamente o Fisco ao, com base nos elementos de que dispunha e nos fatos que apurou, lavrar o Termo de Sujeição Passiva Solidária e trazer para o polo passivo da relação jurídico-tributária a pessoa física que considerou responsável tributário.

O art. 142 do CTN assim dispõe (grifo não consta do original):

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Observe-se que a obrigação de constituir o crédito tributário pelo lançamento, imposta à autoridade administrativa, tem como um de seus aspectos a identificação do sujeito

passivo. O mesmo diploma legal, em seu artigo 121, caracteriza o sujeito passivo da obrigação tributária como gênero, do qual define duas espécies: o contribuinte e o responsável.

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Desta forma, repito, andou bem o Fisco ao relacionar no polo passivo não apenas o contribuinte (a pessoa jurídica Alagoas Comércio de Alimentos Ltda.), mas também aquele sobre o qual entendeu recair a responsabilidade tributária.

Quanto à legitimidade para intervir no processo daquele tido como responsável, entendo que essa legitimidade em tudo se equipara àquela reconhecida ao contribuinte. O impugnante em primeira instância, ou o recorrente em segunda instância, é aquele contra quem foi lavrado o auto de infração, de quem se exigiu o pagamento do crédito tributário constituído ou, se inconformado, a reclamação correspondente. Em outras palavras, é tanto o contribuinte quanto o responsável. Negar àquele apontado como responsável a possibilidade de aduzir provas e razões contrárias não apenas à sua responsabilização, mas também contra o lançamento, em si, constituiria grave equívoco e causa de nulidade, por cercear o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantido pela Constituição Federal.

Na esteira dessa linha de raciocínio, e por não tratar especificamente do assunto o Decreto nº 70.235/1972, considero plenamente aplicáveis as disposições dos arts. 9º e 58 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

[...]

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

[...]

No mesmo sentido já se manifestou a douta Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, do qual transcrevo os excertos abaixo:

[...]

96. A consequência jurídica principal da conclusão de que o administrador que comete ato ilícito, no exercício da gerência, responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo crédito tributário, sem benefício de ordem, é a de que ele, nesse caso, deve ser considerado “sujeito passivo” e “devedor” para efeito de aplicação da legislação tributária em geral. É ele “sujeito passivo” porque, por força do art. 121, parágrafo único, II, do CTN, todo responsável é sujeito passivo tributário. É ele “devedor” em razão de que a pretensão do Fisco para com ele é exigível independentemente da solvabilidade da pessoa jurídica.

97. Assim, o responsável solidário pode sofrer, individualmente, auto de infração, com forte no art. 142 do CTN, sendo, nesse ato, declarado o ato ilícito que praticou o administrador no exercício da gerência e imputada a responsabilidade a esse infrator. Sendo, porém, sua responsabilidade autônoma da obrigação do contribuinte quanto ao nascimento e à natureza, não está obrigada a Administração Tributária a declarar sua responsabilidade ao mesmo tempo em que constitui o crédito tributário de que é devedora a pessoa jurídica. A responsabilidade do terceiro pode ser declarada a qualquer tempo, na esfera administrativa ou judicial, desde que subsista a obrigação do contribuinte.

[...]

102. Noutros termos, podemos afirmar que o responsável pode participar do processo administrativo fiscal em que se discute o crédito tributário na posição de terceiro interessado; trata-se de faculdade sua. Não é obrigatória, porém, sua presença e sequer sua intimação para tanto, justamente porque ele, no PAF em questão, é meramente terceiro interessado. Distintamente, em processo administrativo em que se apura sua responsabilidade “pessoal” decorrente de ato ilícito, sua presença é indispensável, obviamente.

Assim também as decisões do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, sucedido funcionalmente por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – Apresenta vício de nulidade o julgado proferido em preterição ao direito de defesa, caracterizado a partir da omissão na análise da responsabilidade solidária. Inteligência do art. 59, inciso II, fine do Decreto nº 70.235/72. (Ac. 105-16.302, de 28/02/2007, Relator Cons. Daniel Sahagoff)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO - REAPRECIÇÃO DE RECURSO - NULIDADE DA DECISÃO DE 1º GRAU - Verificada a ausência de análise de preliminar argüida pelo sujeito passivo, no julgamento anterior, é de se apreciar a parte do litígio não enfrentada pelo Colegiado. A ausência de apreciação, pelo órgão julgador a quo, de todos os argumentos apresentados na fase impugnatória, constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Decisão de 1º grau anulada. (Ac. 105-14.151, de 07/01/2003, Rel. Cons. Luis Gonzaga Medeiros Nóbrega)

PROCESSO ADMINISTRATIVO – NULIDADE – OMISSÃO DO JULGADOR NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA ALEGADA NA IMPUGNAÇÃO – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – Caracteriza-se cerceamento do direito de defesa a falta de análise e pronunciamento pela autoridade julgadora acerca de documentos e argumentações apresentadas na impugnação pelo sujeito passivo, implicando na declaração de nulidade da decisão, com fundamento no art. 59, II, do Decreto 70235/72. Declarada nula a decisão singular. (Ac. 108-05.949, de 12/08/1999, Rel. Cons. José Henrique Longo)

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Apresenta vício de nulidade o julgado proferido em preterição ao direito de defesa, caracterizado a partir da ausência de análise dos argumentos do sujeito passivo acerca da responsabilidade solidária. Inteligência do art. 59, inciso II, in fine, do Decreto nº 70.235/72. (Ac. 105-17.039, de 29/05/2008, Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha)

Pelo exposto, é de se reconhecer que, ao não apreciar as razões apresentadas pelo Sr. Francisco José Albuquerque Marques contra a responsabilidade tributária a ele imputada, a decisão de primeira instância cerceou seu direito à ampla defesa e ao contraditório, incorrendo assim em vício de nulidade, a teor do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Em conclusão, voto por acolher a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, devendo os autos retornar à instância *a quo* a fim de que outra decisão seja proferida em boa e devida forma, apreciando a legitimidade para constar no pólo passivo do Sr. Francisco José Albuquerque Marques.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha