

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

Processo nº 10670.000127/2007-74
Recurso nº 166.444 Voluntário
Acórdão nº 1804-00038 – 4ª Turma Especial
Sessão de 25 de Maio de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex.: 2004
Recorrente RAFIPLAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ- RIO DE JANEIRO/RJ I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

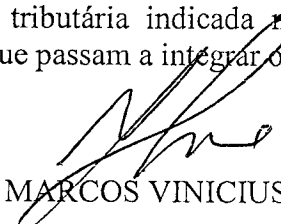
Exercício: 2004

Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

A falta de apreciação pela autoridade julgadora de primeira instância das razões do sujeito passivo solidário apresentadas na impugnação constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara, Primeira Turma Especial da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de primeira instância para que aprecie a tributação de responsabilidade tributária indicada no termo anexo ao auto de infração, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente


SELENE FERREIRA DE MORAES

Relatora

Formalizado em: 31 AGO 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira e Leonardo Lobo de Almeida.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, relativos ao ano calendário de 2003, no valor total de R\$ 243.266,48.

A fiscalização apontou os seguintes fatos em seu Termo de Verificação Fiscal:

- Através do termo lavrado em 27/03/2006, restou comprovado que a empresa não funcionava mais no endereço constante no cadastro do CNPJ.
- Foram retidos os seguintes documentos que se encontravam em poder do Sr. José Antônio de Souza Júnior, contador da empresa: Registro de entradas e Registro de Saídas, relativos aos anos de 2001 a 2003; Registro de Apuração de ICMS e Registro de Inventário, referentes aos anos de 2002 e 2003; uma pasta contendo notas fiscais de entrada relativas ao ano de 2003; uma pasta contendo documentos relativos à área trabalhista e duas pastas contendo documentos diversos relativos ao caixa, dos anos de 2003 e 2004.
- Em 24/08/2006, o contribuinte foi re-intimado, na pessoa do contador sr. José Antônio, a apresentar os livros e documentos solicitados no termo de início da ação fiscal, não tendo atendido à intimação até a data do lançamento.
- O sr. Gildásio Antônio Andrade, que consta no CNPJ, como sócio da Rafiplás, informou verbalmente que teria apenas emprestado o seu nome para abertura da empresa, recusando-se inicialmente a receber a ciência do Ato Declaratório nº 34/2006, que se refere à comunicação de exclusão do SIMPLES.
- O verdadeiro responsável pela empresa Rafiplás é o sr. Nizelino Antônio Andrade, atual sócio administrador da empresa Indesa, que inclusive sucedeu a mencionada empresa, conforme informações prestadas pelo contador. Foi ele quem contratou e pagou o sr. José Antônio para a constituição da Rafiplás, e é ele que figura como responsável pela Rafiplás, perante a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais e, ainda em comprovantes de pagamento da empresa.
- A empresa Rafiplás optou pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.
- No ano calendário de 2003, constata-se que o contribuinte não declarou parcela da receita de vendas de mercadorias, e a totalidade da receita de prestação de serviços.

- Da análise dos fatos apurados e de toda a documentação retida, restou concluído, que a empresa não poderia permanecer no SIMPLES, por infração ao comando do art. 14, incisos II e IV da Lei nº 9.317/1996.
- Tendo sido afastada a tributação pelo regime simplificado, e tendo em vista a falta de apresentação da escrituração dos livros diário, razão e caixa, e ainda, da totalidade dos documentos fiscais que lastrearam tal escrituração, restou impossibilitada a apuração do lucro real, arbitrando-se o lucro, nos termos do art. 530, incisos I e III.
- A informação de valores de receita inferiores àquelas constantes do registro de saídas, na declaração simplificada relativa ao exercício 2004, ano calendário 2003, e a falta de declaração da receita auferida com a prestação de serviços de industrialização, implicou em ação intencional por parte do contribuinte, com o propósito de retardar o conhecimento por parte do fisco, dos valores das reais receitas da empresa no referido período.
- Em 26/01/2007, o sr. Gildásio Antônio Andrade foi cientificado dos autos de infração, e foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em nome do sr. Nizelino Antônio Andrade (fls. 376).
- Em 13/03/2007, foi lavrado novo Termo de Sujeição Passiva Solidária, em razão de não haver constado no referido termo a abertura de prazo de 30 dias para impugnação (fls. 414).

Irresignados com a exigência, a contribuinte e o responsável solidário apresentaram impugnação, em que alegaram em síntese que:

Impugnação da empresa

- a) Nulidade do lançamento, em face de cerceamento do direito de defesa;
- b) A fiscalização não conseguiu a documentação necessária para efetuar o trabalho porque não encontrou a pessoa certa para lhe entregar o que necessitava;
- c) Não ficou esclarecida a planilha elaborada pela fiscalização, o que gera no contexto o cerceamento de defesa;
- d) O arbitramento do lucro foi presumido, não havendo motivo para a desconsideração de sua opção pelo SIMPLES.
- e) A fiscalização declarou ter recebido alguns documentos, que à luz da legislação pertinente, têm base para a apuração do lucro real, não ensejando o arbitramento do imposto de renda e das contribuições sociais.
- f) Informou o extravio de parte de sua documentação, entre ela o Livro Diário. Na oportunidade, escriturado o livro Caixa, vez que desaparecera o Diário, tentou apresentá-lo à DRF, não tendo logrado êxito.
- g) Não pode efetuar a sua defesa, por falta de elementos. As planilhas apresentadas referem-se a valores presumíveis.

- h) Os livros contábeis devem ser averiguados novamente, vez que não foram analisados corretamente, já que a contabilidade da empresa não apresentou no tempo hábil o que lhe fora exigido.
- i) Não era de seu conhecimento a não entrega da documentação, uma vez que parte desaparecera e outra ficou retida com sua contabilidade.
- j) Todos os livros e documentos estão à disposição para efetiva averiguação, e, se for o caso, poderão ser encaminhados novamente à DRF para realização e confirmação da base de cálculo da obrigação tributária.
- k) Requer a realização de perícia técnica na documentação existente.
- l) As informações do ex-contador não são totalmente verossímeis, pois o sr. Nizelino Antônio Andrade é apenas o procurador dos negócios da empresa. A sua assinatura nos diversos documentos não lhe impõe quaisquer obrigações tributárias.
- m) Caso prospere a infundada exigência do fisco estará havendo uma afronta direta aos princípios constitucionais do não confisco e da legalidade.
- n) É ilegal o agramento da alíquota do arbitramento do lucro na forma do disposto na Portaria Ministerial nº 22/1979.

Impugnação ao Termo de Sujeição Passiva

- a) O termo de sujeição passiva é nulo por conter vícios, dentre eles o redirecionamento da obrigação tributária, e por não conter oportunidade de defesa.
- b) Não pode prosperar o entendimento de que o sr. Nizelino é pessoa solidária aos débitos tributários do interessado. Apenas tinha procuração para assinar documentos e tratar de assuntos de interesse da empresa.
- c) Jamais recebeu outorga dos sócios da empresa para responsabilizar-se pelo recolhimento de tributos.

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Comprovado que o auto de infração formalizou-se com obediência a todos os requisitos previstos em lei e que não se apresentam nos autos nenhum dos motivos de nulidades apontados no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, descabem as alegações do interessado.
- b) A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a legalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa unicamente ao Poder Judiciário.
- c) A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Ante a falta de apresentação da escrituração comercial e fiscal que permita a apuração do lucro tributável, é cabível o arbitramento do lucro.



- d) Pela relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento decorrente a decisão prolatada em relação à exigência principal.
- e) Os autos de infração lavrados não fazem qualquer referência ao referido termo, daí porque não há como considerá-lo como parte integrante da peça exordial. Em sendo assim, não cabe qualquer apreciação desse órgão julgador acerca da sujeição passiva solidária.

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que reitera as alegações contidas na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira - SELENE FERREIRA DE MORAES, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

A decisão recorrida não apreciou as alegações acerca da responsabilidade solidária do sr. Nizelino Antônio Andrade, por entender que autos de infração lavrados não fazem qualquer referência ao Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Ocorre porém, que no Termo de Verificação Fiscal de fls. 33/40, o qual integra os autos de infração, consta expressamente referência ao sr. Nizelino Antônio Andrade, como o verdadeiro responsável pela empresa, tendo sido lavrado na mesma data do auto de infração, o Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 376.

É perfeitamente possível a indicação, como responsáveis, de sócios ou representantes da pessoa jurídica que participaram das relações jurídicas que deram ensejo ao auto de infração. O responsável não só pode como deve ter garantido o exercício do direito de defesa, sob pena de nulidade dos atos que cercearam este direito. Nesse sentido, transcrevemos as ementas abaixo:

“PAF – NORMAS PROCESSUAL – RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO – INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO – LEGITIMIDADE PROCESSUAL - Figurando no lançamento, como sujeito passivo, além do próprio contribuinte, sócios ou representantes de pessoas jurídicas e terceiros, partícipes das relações jurídicas que deram ensejo ao auto de infração, em face da lei geral do processo (lei 9.784/99, art. 9º, II e 58, c.c. art. 69) e do CTN, art. 142 (que impõe à autoridade administrativa a indicação, no lançamento, do sujeito passivo - gênero, do qual contribuinte e responsável são espécies), estes, de forma autônoma, podem postular nos autos do processo administrativo na defesa de seus interesses, ainda que o contribuinte, quanto

aos tributos devidos, desista do processo. (Acórdão nº 107-08791, 1º CC, sessão de 19/10/2006)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO - ARTS. 124 E 133 DO CTN - IMPUGNAÇÃO E RECURSO VOLUNTÁRIO - APRECIAÇÃO - Um terceiro que seja arrolado no lançamento de ofício como responsável passa a compor a relação jurídico tributária no seu pólo passivo. O inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal determina que "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Desse modo, o julgador administrativo tem competência para apreciar a impugnação e o recurso apresentado por esse terceiro acusado, tendo em vista que foi qualificado como sujeito passivo do débito tributário. Por unanimidade de votos, DECLARAR nula a decisão de 1º grau. (Acórdão nº 108-09.291, 1ºCC, sessão de 25/04/2007)

A Delegacia de Julgamento não apreciou as alegações acerca da sujeição passiva solidária.

A Constituição Federal assegura no inciso LV do seu art.5º, o contraditório e a amplitude do direito de defesa do acusado, seja em processo judicial ou administrativo.

A falta de apreciação pela autoridade julgadora de primeira instância de razões de defesa apresentadas na impugnação constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, do Decreto nº 70.235/72.

O antigo Primeiro Conselho de Contribuintes já anulou decisão de primeira instância que não apreciou a responsabilidade solidária, conforme ementa a seguir reproduzida:

"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 70235/72. Recurso provido. (Acórdão nº 105-16302, 1º CC, sessão em 28/02/2007)

A Câmara Superior de Recursos Fiscais também firmou entendimento de que o responsável tributário tem o direito de ver suas alegações apreciadas, conforme excerto do voto proferido por ocasião do julgamento do recurso nº 108-143020, em 19/09/2006:

"Assim, incluído como responsável tributário no auto de infração ou em termo de responsabilidade à parte, deve-se assegurar o direito de defesa administrativo do interessado quanto a tal imputação. A Suprema Corte tem reafirmado sua posição firme de que "não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem

consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV)". A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustenta a essencialidade desse princípio, "nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos." (grifei) ¹ Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos sejam observados, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).

Além disso, a Lei nº 9.784, de 1999, em várias passagens, resguarda o direito à informação aos acusados (art. 28)⁵ e a interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (art. 2º, parágrafo único, inciso X)⁶. A propósito, ensina a eminente Professora Ada Pellegrini Grinover: "litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale à controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide." ² Com efeito, o inciso II do artigo 9º e 58 da Lei nº 9.784/99, lei geral do processo administrativo, incluem também, entre os legitimados para atuar no processo administrativo, "aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direito ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada". A legitimação do terceiro se configura quando a solução que se dará à lide deve influir em outra relação jurídica de direito material em que ele faz parte como sujeito passivo, como é o caso da atribuição de responsabilidade solidária por interesse comum. A ausência de dispositivo específico disciplinando a matéria no Decreto nº 70.235/72 leva a concluir que esta norma geral aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

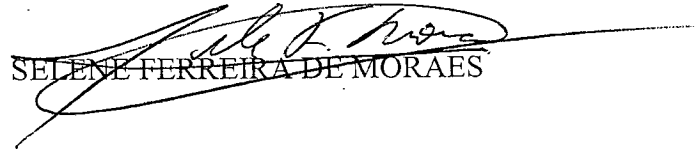
Cientificados da imputação de responsabilidade solidária pela fiscalização, nasce o direito ao acusado de ver suas alegações apreciadas pela Câmara Recorrida por força do que dispõe a Lei nº 9.784, de 1999, e o art. 5º, VII, do texto constitucional".

¹ RTJ 183/371-372 e MS 26358 MC/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 2.3.2007

² O Processo em Evolução, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 82/85

Ante todo o exposto, voto no sentido de se anular a decisão de primeira instância para que outra seja proferida, apreciando-se as razões aduzidas pelo responsável tributário solidário indicado no termo anexo ao auto de infração.

Sala das Sessões - DF, em 25 de Maio de 2009.


SELENE FERREIRA DE MORAES