



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

Processo nº 10730.720046/2010-38
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1101-001.201 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2014
Matéria IRPJ E Reflexos - Omissão de Receitas
Embargante MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA
Interessado MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VOTO. Embora as normas regimentais considerem não formulada a declaração de voto quando descumprido o prazo previsto para sua apresentação, há omissão que deve ser suprida quando a declaração de voto é tempestivamente apresentada e deixa de ser juntada ao acórdão embargado.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. QUESTÃO DE ORDEM SUPERADA. Inexiste omissão se a matéria foi apreciada pelo Colegiado em autos conexos, com determinação de juntada posterior dos autos em razão desta conexão.

ASPECTOS NÃO APRECIADOS NO VOTO CONDUTOR DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. Se as razões de decidir expostas no voto condutor do julgado abordam expressa ou implicitamente as omissões alegadas, os embargos devem ser rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em ACOLHER PARCIALMENTE os embargos de declaração e na parte acolhida DAR-LHES PROVIMENTO, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/10/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 20/10/2014

por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10730.720046/2010-38
Acórdão n.º **1101-001.201**

S1-C1T1
Fl. 3

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Paulo Mateus Ciccone, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

Na sessão plenária de 03 de julho de 2012 foi julgado recurso voluntário interposto nestes autos. A decisão foi formalizada no Acórdão nº 1101-00762, assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2006, 2007

RECURSO VOLUNTÁRIO. TEMPESTIVIDADE.

Não é tempestivo recurso voluntário apresentado após o prazo legal.

INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE.

Ficando caracterizado a tentativa frustrada de intimação pelo correio, é válida a intimação por edital.

INTIMAÇÃO POR EDITA. VALIDADE.

Ficando demonstrado que a sede do contribuinte não se encontra no endereço cadastrado como domicílio fiscal, é válida a intimação por edital.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO.

Se o domicílio tributário eleito pelo contribuinte não pode ser achado por falta de especificações, só resta ao Fisco a intimação por edital. O contribuinte que registra seu domicílio tributário em zona rural em estrada, sem numeração, sujeita-se a ser intimado por edital.

Cientificada em 29/12/2012 (fl. 563/568), a contribuinte opôs embargos em 03/01/2013 (fls. 569/579) suscitando questão de ordem, por ausência de intimação para apresentação de recurso voluntário por parte dos responsáveis tributários Vitor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho. Diz, também, que juntamente com a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga, esta Conselheira divergiu da maioria do Colegiado, manifestando-se a favor do sobrestamento do julgamento em razão da discussão acerca da necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário, e comprometendo-se a fazer declaração de voto, que não foi juntada ao acórdão embargado.

Subsidiariamente a embargante também aponta obscuridade no que tange à apreciação dos efeitos da renovação de intimação da decisão de 1ª instância determinada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, hábil a evidenciar a tempestividade do recurso voluntário interposto.

Nos termos do despacho de fls. 583/584, em juízo de cognição sumária, restaram caracterizadas as omissões suscitadas pela embargante.

Registre-se que o presente processo administrativo resulta de transferência de crédito tributário originalmente formalizado nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46, em razão da presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada nos anos-calendário 2005 e 2006, e conseqüente exigência de IRPJ e CSLL mediante arbitramento dos lucros porque a contribuinte, excluída do SIMPLES Federal, não apresentou escrituração comercial e fiscal. Houve também exigência de Contribuição ao PIS e COFINS incidentes sobre as receitas omitidas e todos os créditos

tributários foram acrescidos de multa qualificada. A autoridade lançadora também imputou responsabilidade tributária solidária aos ex-sócios da pessoa jurídica, Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho.

A Turma Julgadora de 1ª instância exonerou parcialmente a exigência, admitindo a dedução dos pagamentos promovidos no âmbito do SIMPLES Federal, e afastando a qualificação da penalidade por falta de comprovação da motivação que a ensejou, mas mantendo a responsabilidade tributária imputada aos ex-sócios da pessoa jurídica. Como o crédito tributário exonerado superou o limite previsto na Portaria MF nº 3/2008, o Presidente da Turma Julgadora submeteu a decisão correspondente a reexame necessário.

Às fls. 174/178 constam os procedimentos para ciência, à pessoa jurídica autuada, da decisão de 1ª instância proferida nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46, seguidos das informações de transferência do crédito tributário mantido para o presente processo, com vistas à sua inscrição em Dívida Ativa da União. A contribuinte alegou, perante a Procuradoria da Fazenda Nacional, que não fora cientificada da decisão de 1ª instância, requerendo formalização de sua ciência e dos responsáveis tributários pelo crédito tributário mantido. Várias manifestações da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Unidade local foram juntadas aos autos acerca do procedimento de ciência, e na sequência a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 487/526).

Na sessão de julgamento de 03 de julho de 2012 ambos processos (o presente e o de número 15540.000397/2009-46) foram submetidos à apreciação deste Colegiado. Nestes autos: 1) *Por maioria de votos, foi AFASTADA a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga*; 2) *por unanimidade de votos, NÃO FOI CONHECIDO o recurso voluntário de MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA*. Já no acórdão proferido nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46 o Colegiado decidiu: 1) *por maioria de votos, AFASTAR a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga*; 2) *por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de ofício*; e 3) *relativamente à imputação de responsabilidade a Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho*: 3.1) *por maioria de votos, CONHECER a matéria, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa*; e 3.2) *por maioria de votos, ANULAR os termos de sujeição passiva solidária, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que fará declaração de voto*.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Como relatado, a embargante aponta a falta de juntada de declaração de voto desta Conselheira, que embora não indicada na decisão do acórdão, foi mencionada na sessão de julgamento. Por sua vez, o art. 63, §§ 7º e 8º do Anexo II do Regimento Interno do CARF estipula o prazo de 15 (quinze) dias para sua formalização e define que será considerada não formulada a declaração de voto quando descumprido aquele prazo. Contudo, no presente caso, a declaração de voto foi produzida tempestivamente, em 05/07/2012, e encaminhada à Secretaria de Câmara, deixando de ser juntada ao acórdão embargado por erro em sua formalização.

Apenas que a referida declaração de voto não se referiu à questão do sobrestamento do julgamento, como aponta a embargante, mas sim à imputação de responsabilidade tributária aos ex-sócios da contribuinte. Segue seu conteúdo:

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

No que tange à imputação de responsabilidade a Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho, observo que não lhes foi cientificado o acórdão de 1ª instância, e este possivelmente é o motivo de não ter se verificado a apresentação de recurso voluntário por aqueles responsáveis. Em tais condições, não admito a apreciação oficiosa desta imputação de responsabilidade, e entendo que os autos deveriam retornar à autoridade preparadora para que a ciência fosse providenciada.

De toda sorte, vencida quanto ao conhecimento da matéria, discordo da anulação da imputação de responsabilidade que lhes foi feita.

A autoridade fiscal reuniu elementos para concluir que as pessoas que substituíram Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho, na sociedade fiscalizada, não possuíam condições econômicas para adquirir seu controle societário, evidência de simulação para evitar a responsabilidade pelos tributos que deixaram de ser recolhidos. Relevante, neste ponto, destacar que a justificativa para aqueles antigos sócios não atenderem às intimações da fiscalização foi fundada no fato de não serem mais sócios da pessoa jurídica.

De outro lado, ao longo de dois anos, a pessoa jurídica fiscalizada apresentou expressiva movimentação financeira, e ínfimos rendimentos declarados na sistemática do SIMPLES, fatos que ensejaram, inclusive, a aplicação de multa qualificada no lançamento aqui em debate.

Logo, a autoridade lançadora logrou reunir elementos que permitem concluir que a conduta da contribuinte, e de seus agentes, não se limitou à mera falta de recolhimento, exsurtoando motivação suficiente para caracterizar a responsabilidade tributária, ao menos com fundamento no art. 135, III do CTN.

Ressalto que o art. 135 do CTN presta-se a ampliar as garantias do crédito tributário, permitindo a busca de sua satisfação no patrimônio pessoal daqueles que participaram da gestão da pessoa jurídica sem a necessária lisura, hábil a

assegurar que não houve desvio da riqueza manifestada pelos fatos jurídicos tributáveis.

Assim, se tais pessoas se conduzem com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social, o Fisco tem o direito de também buscar a satisfação de seus créditos no patrimônio pessoal destes responsáveis, ainda que o representado detenha patrimônio suficiente para tanto, na medida em que esta situação patrimonial pode não decorrer necessariamente da riqueza tributável em debate e estar gravada por outras dívidas, além de estar sujeita a flutuações que podem, no futuro, prejudicar a liquidação da obrigação tributária.

Por esta razões, não vejo motivo para anular a imputação de responsabilidade, e concluo que necessário seria o retorno dos autos à DRF de origem, para ciência da decisão de 1ª instância aos responsáveis, facultando-lhes a interposição de recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira

É possível que a embargante, presente à sessão de julgamento, tenha ouvido referência feita por esta Conselheira a seu voto, já manifestado em sessões anteriores, em favor do sobrestamento do julgamento de recursos em face de lançamentos formalizados com base em informações bancárias obtidas por meio de Requisição de Movimentação Financeira – RMF. Tais razões, porém, somente foram formalizadas em sessão de julgamento posterior, quando concluída a votação de outro processo administrativo também pautado para a reunião de julho/2012. Assim constou do voto vencido no Acórdão nº 1101-000.820:

Inicialmente cabe destacar que, como se vê às fls. 302/311 e 596, fez-se uso durante o procedimento fiscal de requisições de informações sobre movimentação financeira – RMF, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.

O Tribunal acolheu o entendimento do Ministro Relator de que a questão ultrapassa o interesse subjetivo das partes, e evidencia a existência de repercussão geral nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esta é a redação dos dispositivos referidos:

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado pela Emenda Regimental nº 42/2010:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Nos processos em que o Presidente atuar como relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito.

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

Código de Processo Civil:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). (negrejou-se)

Nestes termos, a decisão em tela cuidou de declarar a existência do requisito que passou a ser necessário para conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de recursos extraordinários: a existência de repercussão geral na questão constitucional nele versada.

De outro lado, o Anexo II do Regimento Interno do CARF, depois da alteração promovida por meio da Portaria MF nº 586/2010, passou a dispor que:

Art. 62-A. [...]

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Dispõe o Código de Processo Civil, no ponto citado:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Acrescentado pela Lei nº 11.418, de 2006)

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, **sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.**

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (negrejou-se)

O art. 543-B do Código de Processo Civil, portanto, cogita da situação na qual há multiplicidade de recursos acerca da mesma matéria, regramdo a forma como será analisada a existência de repercussão geral nestes casos. E, neste âmbito, o referido dispositivo apenas se reporta ao sobrestamento promovido pelos Tribunais de origem ao selecionarem um ou mais recursos representativos de controvérsia para encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal. Não há menção, ali, do sobrestamento de recursos extraordinários por parte do Supremo Tribunal Federal, como menciona o § 1º do art. 62-A do RICARF.

Por sua vez, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal assim trata este procedimento:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e **sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.**

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e **determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.** (negrejou-se)

Frente a este cenário, pode-se afirmar que:

- *Diante de um recurso extraordinário a ser apreciado, preliminarmente o **Ministro Relator** deve avaliar se há repercussão geral. Isto é o que foi decidido em face do Recurso Extraordinário nº 601.314, com fundamento no art. 543-A do Código de Processo Civil, mas não corresponde à hipótese versada no art. 62-A, § 1º do Anexo II do RICARF;*
- *Diante de uma multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, o **Tribunal de origem** deve selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, com fundamento no art. 543-B do Código de Processo Civil. Esta não é a hipótese de que trata o art. 62-A, § 1º do Anexo II do RICARF, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifestar e determinar o sobrestamento;*
- *Diante de um recurso extraordinário cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o **Presidente do Supremo Tribunal Federal ou o Ministro Relator** deve determinar aos tribunais ou turmas de*

juizado especial que sobrestem o encaminhamento dos demais recursos com questão idêntica, bem como pode sobrestar o julgamento de todas as demais causas com questão idêntica. Este procedimento determinado pelo art. 328, caput do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tem por consequência a aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil a recurso extraordinário que já se encontra no Supremo Tribunal Federal, e caracteriza a hipótese do art. 62-A, § 1º do Anexo II do RICARF;

- *Diante de vários recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, o **Presidente do Supremo Tribunal Federal ou o Ministro Relator** pode selecionar um ou mais para apreciação e determinar a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem para sobrestamento até o pronunciamento definitivo da Corte. Este procedimento determinado pelo art. 328, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tem por consequência a aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil a recursos extraordinários que já se encontram no Supremo Tribunal Federal, e caracteriza a hipótese do art. 62-A, § 1º do Anexo II do RICARF.*

*Em suma, o fato de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a repercussão geral no processo não enseja, automaticamente, o sobrestamento de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia. Para que haja decisão acerca do sobrestamento, é necessário que a **multiplicidade** de recursos com fundamento em idêntica controvérsia chegue ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por comunicação do Tribunal de origem ou por constatação do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Ministro Relator, ou mesmo a requerimento da parte. Somente assim haverá decisão acerca do sobrestamento do julgamento de recursos extraordinários, por parte do Supremo Tribunal Federal, hábil a caracterizar a hipótese do art. 62-A, §1º do Anexo II do RICARF.*

No caso em tela, embora, o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral de questão constitucional suscitada, não há notícia, na relação de processos representativos de controvérsia divulgada no endereço, atualizada em 30/05/2012, de sobrestamento do julgamento de recursos extraordinários da mesma matéria.

Em consequência, esta Turma de Julgamento vinha concluindo pela desnecessidade de sobrestamento do julgamento dos processos nos quais a questão constitucional antes referida influenciava a obtenção da prova da exigência fiscal.

Porém, posteriormente identificou-se que, na apreciação do Agravo de Instrumento nº 765.714/SP, o Ministro Ricardo Lewandowski assim decidiu:

Isso posto, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP.

Publique-se.

Brasília, 19 de outubro de 2010.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Relator

Consulta à movimentação processual do referido Agravo de Instrumento no sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet permite confirmar que os autos do processo retornaram ao Tribunal Regional da 3ª Região.

Esta decisão, porém, chama a atenção para o procedimento de devolução dos autos, mencionado em duas passagens do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; no que importa aos aspectos aqui em debate:

Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

§ 4º O Relator comunicará à Presidência, para os fins do art. 328 deste Regimento, as matérias sobre as quais proferir decisões de sobrestamento ou **devolução de autos**, nos termos do art. 543-B do CPC.

[...]

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e **determinará a devolução** dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Na redação do art. 21 do Regimento Interno, a devolução aparenta ser um procedimento alternativo ou complementar ao sobrestamento. Permite a interpretação de que o Supremo Tribunal Federal poderia apenas sobrestar o julgamento de recursos extraordinários que lá se encontram, ou devolvê-los aos Tribunais de origem para aguardo da decisão de repercussão geral. Já na redação do parágrafo único do art. 328 do mesmo Regimento, a devolução decorre da determinação de sobrestamento dos processos dirigida aos Tribunais de origem.

Na medida em que o Regimento Interno do CARF somente cogita de sobrestamento do julgamento de recursos administrativos quando o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, poder-se-ia cogitar que esta hipótese somente se verificaria quando o Supremo Tribunal Federal sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários sem devolvê-los aos Tribunais de origem, pois neste segundo caso, o sobrestamento ocorreria nestes Tribunais, e não no Supremo Tribunal Federal.

Esta situação prática foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal em análise de Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 559.607-9/SC, cujo julgamento restou assim ementado, na parte que aqui interessa:

REPERCUSSÃO GERAL – CONSEQUÊNCIAS – MATÉRIA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Um a vez assentando o Supremo, em certo processo, a repercussão geral do tema veiculado, impõe-se a devolução à origem de todos os demais que hajam sido interpostos na vigência do sistema, comunicando-se a decisão aos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais bem como aos Coordenadores das Turmas Recursais, para que suspendam o envio, à Corte, dos recursos que tratam da questão, sobrestando-os.

A discussão constante das notas taquigráficas deste julgamento, em 26/09/2007, revela a preocupação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação no novo regime instituído pela Lei nº 11.418/2006 aos recursos interpostos antes de sua vigência, conferindo aos tribunais o poder de rescindir os acórdãos impugnados sob o sistema anterior. Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que os recursos interpostos antes da vigência da Lei nº 11.418/2006 permaneceriam no Supremo Tribunal Federal para, após a decisão do tema em repercussão geral, serem decididos monocraticamente.

Diante deste contexto, seria possível interpretar que somente neste caso estaria satisfeita a condição posta no Regimento Interno do CARF para sobrestamento do

juízo dos recursos administrativos: quando o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, interpostos antes da vigência da Lei nº 11.418/2006, no aguardo do julgamento do processo representativo da controvérsia com repercussão geral.

Contudo, no julgamento de Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 715.423-1/RJ, o Supremo Tribunal Federal começou a reverter este entendimento, em decisão assim ementada, no que tange à discussão aqui versada:

[...] PROCEDIMENTOS DE IMPLANTAÇÃO DO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. PLENA APLICABILIDADE DOS MECANISMOS PREVISTOS NOS PARÁGRAFOS 1º E 3º DO ART. 543-B, DO CPC, AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS (E AOS AGRAVOS DE INSTRUMENTOS A ELES VINCULADOS) QUE DISCUTAM QUESTÃO DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL JÁ FORMALMENTE PROCLAMADA, MAS QUE TENHAM SIDO INTERPOSTOS CONTRA ACÓRDÃOS PUBLICADOS EM DATA ANTERIOR A 3 DE MAIO DE 2007. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA ÀS INSTÂNCIAS A QUO DE ADOÇÃO, QUANTO AOS RECURSOS ACIMA ESPECIFICADOS, DOS PROCEDIMENTOS DE SOBRESTAMENTO, RETRATAÇÃO E DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE CONTIDOS NO ART. 543-B, DO CPC.

[...]

4. Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a relevância de determinada controvérsia constitucional, aplicam-se igualmente aos recursos extraordinários anteriores à adoção da sistemática de repercussão geral os mecanismos previstos nos parágrafos 1º e 3º do art. 543-B, do CPC. Expressa ressalva, nessa hipótese, quanto à inaplicabilidade do teor do parágrafo 2º desse mesmo artigo (previsão legal da automática inadmissão de recursos), por não ser possível exigir a presença de requisitos de admissibilidade implantados em momento posterior à interposição do recurso.

5. Segunda questão de ordem resolvida no sentido de autorizar os tribunais, turmas recursais e turmas de uniformização a adotarem, quanto aos recursos extraordinários interpostos contra acórdãos publicados anteriormente a 03.05.2007 (e aos seus respectivos agravos de instrumento), os mecanismos de sobrestamento, retratação e declaração de prejudicialidade previstos no art. 543-B, do Código de Processo Civil.

As notas taquigráficas das discussões relativas a este julgamento deixam claro que o Supremo Tribunal Federal – com exceção do Ministro Marco Aurélio, dentre os demais presentes Ministros Celso de Melo, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lucia e Menezes Direito – não mais receberia dos Tribunais de origem os recursos extraordinários interpostos antes da vigência da Lei nº 11.418/2006, devendo tais processos permanecerem sobrestados, o que implicitamente conferiu aos tribunais o poder de rescindir os acórdãos impugnados sob o sistema anterior.

Posteriormente, porém, em julgamento de 20/08/2008, ao apreciar Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 540.410-2/RS, o Supremo Tribunal Federal – contra voto do Ministro Marco Aurélio e na ausência dos Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa – decidiu estender o entendimento acima mencionado a todos os processos em situação semelhante, inclusive aqueles que já se encontravam distribuídos aos Ministros, em seus gabinetes. A ementa do julgado é, a seguir, reproduzida:

RECURSO. Extraordinário. Previdência social. Benefício previdenciário de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso Interposto contra acórdão publicado antes de 03.05.2007. Irrelevância. Devolução dos autos ao Tribunal de origem. Aplicação do art. 543-B do CPC. Precedente (AI nº 715.723-RS-QO, Rel. Min. ELLEN GRACIE). Aplica-se o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos cujo tema constitucional apresente repercussão geral reconhecida pelo Plenário, ainda que interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007.

A amplitude do alcance da ementa é confirmada nas notas taquigráficas deste julgamento, nas quais o Ministro Relator Cezar Peluso deixa claro que sua proposta, baseada em que os fundamentos são os mesmos, é que se aplique, também, o art. 543-B aos processos que já estão nos gabinetes, na mesma situação daqueles que estão nos tribunais de origem.

*Diante deste contexto, não mais existiria a possibilidade antes aventada de o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, sem devolver os autos para que os Tribunais de origem lá sobrestassem os processos. Em consequência, a interpretação a ser dada ao Regimento é aquela possível no contexto prático, ou seja, há sobrestamento do julgamento dos recursos administrativos quando o Supremo Tribunal Federal **determinar o sobrestamento do julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria.***

Veja-se, aliás, que este entendimento em nada destoa do que expresso no art. 1º da Portaria CARF nº 01/2012, na qual o Presidente deste Conselho Administrativo Fiscal, ante a necessidade de uniformização do procedimento de sobrestamento de julgamento de recursos previsto na disposição regimental antes citada, resolveu:

Art. 1º. Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria para realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em processos referentes a matérias de sua competência **em que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários – RE**, até que tenha transitado em julgado a decisão, nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso. (negrejou-se)

Evidenciando-se que o procedimento previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil está sendo observado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à questão constitucional aqui em debate, e considerando que os autos do Recurso Extraordinário nº 601.314 estão conclusos ao Relator, aguardando julgamento, o presente voto é no sentido de SOBRESTAR O JULGAMENTO do recurso voluntário e do recurso de ofício que pendem de apreciação neste processo administrativo.

Esclarecida a incorreta interpretação da embargante acerca do conteúdo da declaração de voto mencionada na sessão de julgamento, e reproduzido o conteúdo do voto declarado nestes autos por esta Conselheiro, os embargos devem ser ACOLHIDOS e PROVIDOS, mas sem efeitos infringentes, apenas para integrar ao acórdão embargado referida declaração de voto.

A embargante também suscita questão de ordem, por ausência de intimação para apresentação de recurso voluntário por parte dos responsáveis tributários Vitor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho. De fato, embora eles tenham apresentado impugnação julgada improcedente em 1ª instância, o relatório do acórdão apenas cita que eles se manifestaram perante a Unidade local da RFB e à PFN no sentido de não terem sido cientificados da decisão de 1ª instância. Na sequência, o voto condutor do acórdão embargado diz que está em discussão *saber se a empresa e os responsabilizados foram ou não cientificados, nos termos da lei, do acórdão de 1ª instância*, mas a abordagem subsequente tem em conta apenas a forma de ciência da referida decisão à contribuinte autuada.

Ocorre que, como relatado, o presente processo controla crédito tributário transferido do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46, e ambos (o presente e o de número 15540.000397/2009-46) foram submetidos à apreciação deste Colegiado na mesma sessão de julgamento. E, ao formalizar as decisões, a abordagem acerca da responsabilidade tributária imputada a Vitor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho foi consignada no voto condutor do Acórdão nº 1101-00.760, proferido nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46.

Nos termos do que decidido conjuntamente nos processos referidos, e expresso no mencionado acórdão, a falta de intimação dos responsáveis tributários foi superada pela declaração de ofício da nulidade do ato administrativo do qual resultou referida responsabilização. Veja-se:

[...]

No entanto, a preocupação da PFN expressa no processo nº 10730.720045/2010-93 e nº 10730.720046/2010-38 com a falta de intimação dos responsáveis era procedente. Não obstante, a PFN não se atém a este detalhe no seu último despacho e não sugere a agência que cientifique os responsabilizados (processo nº 10730.720045/2010-93 fls. 577 e 578 e processo nº 10730.720046/2010-38 fls. 434 e 435). Assim, os apontados como responsáveis solidários não foram formalmente cientificados, em que pese terem comparecido ao processo nº 10730.720045/2010-93 e ao processo nº 10730.720046/2010-38, onde constava o acórdão que manteve a responsabilização.

Mas, em razão do recurso de ofício, o presente processo com todos os seus elementos, inclusive o termo de sujeição passiva, foi trazido ao conhecimento do CARF. Assim, preliminarmente, cabe decidir sobre a possibilidade do CARF conhecer de ofício sobre a responsabilização de Victor e Caio.

Neste aspecto, a possibilidade de declaração de nulidade do termo de sujeição passiva por falta de amparo legal, conforme art. 53 da Lei nº 9.784, de 1996, torna obrigatório o conhecimento de ofício dos termos de sujeição passiva. Vale a transcrição:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Por estas razões, voto por admitir a possibilidade do CARF conhecer de ofício os termos de responsabilização, para ponderar sobre sua legalidade.

Entendendo-se possível que o CARF conheça a matéria, cabe analisar a base legal pela qual o fiscal pretendeu trazer o Victor e Caio para o pólo passivo (inciso I do art. 124 e art 135, ambos do CTN).

Em uma primeira abordagem, apenas com base na tópica dos artigos no código, se percebe que eles alcançam situações totalmente distintas. O art. 124 está localizado no capítulo IV "sujeito passivo", enquanto o art. 135 está localizado no capítulo V "responsabilidade tributária". O art. 124 aponta pessoas que estão no pólo passivo em razão de uma conexão com o fato tributável (como propõe o capítulo IV), ao passo que o art. 135 indica pessoas que respondem por dívida tributária de outrem por conexão ao devedor (como propõe o capítulo V).

Isso mostra que os artigos não podem constar juntos da mesma acusação, sob pena de nulidade. Afinal, se a acusação não é clara, não é possível a defesa.

A única possibilidade dos dois artigos constarem da mesma acusação seria ficar cabalmente demonstrado que o apontado como solidário atende as hipóteses de

incidência de ambos os artigos. Mas, no presente caso, isso não foi feito pela fiscalização. Inclusive, não houve nenhuma preocupação do Fisco em demonstrar que os apontados atendiam aos requisitos de um e do outro artigo, quanto mais dos dois ao mesmo tempo.

Ou seja, para o fiscal ter imputado solidariedade à Victor e Caio com base nos dois dispositivos deveria ter explicado como eles se relacionam com as situações alcançadas em cada artigo. Mas, isso não é observado no termo de sujeição passiva. Nesse documento se constata apenas a descrição de alguns eventos ocorridos durante a fiscalização, sem qualquer explicação sobre quais destes eventos realizam a hipótese do inciso I do art. 124 e quais eventos realizam a hipótese do art. 135. Com isso, há evidente prejuízo para a defesa que não sabe ao certo qual situação deve refutar ou esclarecer.

Por oportuno, vale lembrar que, sendo a presente questão tão complexa e com tão ampla divergência doutrinária e jurisprudencial, caberia ao fiscal ter sido o mais claro o possível. Inclusive, não bastaria demonstrar como cada uma das hipóteses de incidência teria sido realizada por Victor e Caio, mas seria conveniente que definisse o alcance de cada dispositivo. Só assim, ficaria evidenciada a regra aplicada e só assim seria permitida a defesa.

A ausência de explicações sobre o alcance da regra e a ausência de demonstração de realização da hipótese de incidência também implica na nulidade do ato.

Na sequência desta análise, cabe agora transcrever e analisar os artigos em pauta, iniciando pelo art. 124, in verbis:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Da leitura do art. 124, percebe-se seu aspecto didático, adequado ao status de norma geral (lei nacional), bem como à natureza de código.

Conforme o inciso I, são solidárias as pessoas que se coloquem na mesma posição (tenham interesse comum), no que tange ao fato gerador. Assim, por exemplo, os co-proprietários de imóvel são devedores solidários do IPTU ou os co-adquirentes de imóvel são devedores solidários do ITBI. Ou seja, são solidários aquelas pessoas que co-realizam o fato gerador.

Já o inciso II diz que são solidários aquelas pessoas apontadas na lei (da União, ou Estados, ou Municípios, no que pertine aos seus tributos respectivamente). Assim, por exemplo, se a legislação estadual estabelecer, o vendedor do imóvel será devedor solidário do ITBI com o comprador. Ou seja, mesmo não realizando conjuntamente o fato gerador, a solidariedade pode decorrer da lei.

Como visto, com a exegese proposta, o art. 124 de tão didático poderia ser tido como desnecessário. O que serviria de argumento para pretender que a expressão "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" alcançasse outras pessoas além daquelas que estejam na mesma posição em relação ao fato gerador.

Mas, mesmo com a interpretação didática propugnada, o art. 124 tem forte razão para existir, o que sustenta a interpretação defendida e afasta outras. Primeiro, ele divide e distingue os casos de solidariedade que existem em razão dos fatos tributáveis (inciso I) daqueles que existem em razão da lei e de outros fatos (inciso II). Segundo, garante que a solidariedade só decorra da lei, quer pela realização da hipótese de incidência do tributo (inciso I), quer pela realização da previsão legal de solidariedade estabelecida pelo legislador do ente tributante por razões de administração tributária (inciso II).

Enfim, ao dizer "interesse comum", o CTN diz interesse idêntico. Se o interesse é idêntico, significa que as pessoas co-realizam o fato gerador.

Deste modo, se percebe que é incabível pretender sustentar, como quis o fiscal, que o sócio gerente, o administrador e a pessoa jurídica estejam na mesma posição em relação aos fatos geradores de tributos da empresa. Os fatos tributáveis realizados pela empresa são delas e os sócios e administradores não têm participação nestes fatos, embora representem a empresa ou a administrem.

O sistema jurídico e o direito tributário reconhecem a personalidade jurídica da empresa, que é distinta da dos seus sócios, gerentes e administradores. Os atos e fatos da empresa são delas e de mais ninguém. Os atos e fatos dos sócios e dos administradores são deles e não da empresa. Destarte, fica claro que o sócio-gerente ou o procurador não podem estar na mesma posição em relação ao fato tributável da empresa.

De outra banda, é preciso registrar que não há o menor sentido em se pretender que "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" signifique algo diferente que a mesma posição em relação ao fato gerador. Admitir tal possibilidade é admitir que o CTN pretendesse criar uma instabilidade nas relações jurídicas.

Ou seja, não é razoável imaginar que uma norma geral, voltada a regular a produção normativa tributária dos entes da federação ou a estabelecer alguns padrões normativos de âmbito nacional, fosse deixar ao aplicador da lei (da União, dos Estados e dos Municípios) um espaço tão grande para interpretação. Pretender que o aplicador da lei pudesse definir, com toda a sua subjetividade, o que seria "interesse comum na situação que constitua o fato gerador" é o equivalente a pretender que o Código Tributário Nacional visasse a instabilidade das relações jurídicas.

As pessoas têm infinitos interesses e podem comungar algum destes interesses em uma situação que seja o fato gerador de algum tributo, sem que estejam na posição do sujeito passivo. Por exemplo, o corretor de imóveis, e talvez até o tabelião que lavra a escritura, pode ter interesse na venda e nisso seu interesse coincide com o interesse do comprador e o interesse do vendedor. Mas, cada um deles é uma pessoa distinta e ocupa uma posição jurídica diferente na compra e venda do imóvel e tem motivações próprias da posição que ocupam.

Não é possível confundir vontade parecida, interesse coincidente, desejo semelhante, ou qualquer outra proximidade de intenção, com interesse comum na situação que constitua o fato gerador. Por isso, não é possível atribuir ao inciso I do art. 124 do CTN o condão de estabelecer a solidariedade em razão da semelhança de vontades ou coincidência de interesses. A própria frouxidão que resultaria de tal interpretação é suficiente para refutá-la.

Deste modo, não fosse pelo próprio texto, até por segurança jurídica, é preciso entender que o art. 124 ao mencionar "interesse comum" diz interesse idêntico e isso significa que para serem solidários as pessoas precisam co-realizar o fato gerador.

Estabelecido o significado do inciso I do art. 124 do CTN, cabe indagar: no caso em concreto, qual seria o interesse comum (idêntico) de Victor, Caio e da empresa na realização dos fatos tributados?

Ora, não há qualquer interesse em comum.

A empresa realiza suas operações de venda e de prestação de serviço para realizar sua finalidade social. Os sócios-gerentes e os administradores representam e administram a empresa. O sistema jurídico, há muito atribui a cada um seus próprios atos. Pretender que o art. 124 tome os sócios-gerentes ou administradores

solidários com os tributos da empresa é defender um retrocesso de centena de anos na definição da personalidade jurídica das pessoas.

Mas, consta do termo também a afirmação de que Victor e Caio teriam, em tese, cometido crime contra a ordem tributária e violado o contrato social. Cabe a pergunta: no que isso tornaria os interesses deles comuns com os da empresa em relação aos fatos tributáveis?

Também aqui não há como enquadrar a conduta de Victor e Caio no inciso I do art. 124. O fato de a empresa ter sonegado e da conduta do gerente poder ser tipificada penalmente, não significa que eles tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

De outra banda, o Simples é uma sistemática de cobrança de tributos tributo, por definição, realizados por uma única pessoa. Ou seja, não há como aplicar a solidariedade determinada no inciso I, do artigo 124 do CTN ao Simples, pois os tributos que eles representa pressupõem um único sujeito passivo.

Assim, se constata que o inciso I do art. 124 do CTN é totalmente impróprio a estabelecer solidariedade entre a empresa e o Victor e Caio.

Cabe agora analisar o art. 135, também mencionado no termo. O texto é o seguinte:

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Como se percebe, é preciso uma análise construtiva para dar significado regra, já que seu texto não permite uma compreensão imediata. Assim, antes de se falar se cabe ou não a aplicação do artigo ao caso concreto, é preciso construir e enunciar com clareza a hipótese legal da regra veiculada pelo artigo. Para tanto, dois pontos de partida são adotados: 1º) a regra visa claramente proteger o Fisco do inadimplemento, por parte da empresa (isso decorre da interpretação sistemática do CTN, em especial dos artigos do capítulo V); 2º) tal proteção deve se dar dentro de limites razoáveis.

Então, se a finalidade da regra é a de garantir o adimplemento, parece ponderado que ela incida quando ocorre o inadimplemento absoluto. Afinal, se a regra pretende evitar que o Fisco seja prejudicado, não parece necessário que ela incida enquanto a devedora ainda pode satisfazer o débito com seus bens. Portanto, resta claro que um dos elementos da hipótese de incidência é a impossibilidade de cobrar da empresa o débito tributário.

Outro elemento bastante evidente é a necessidade de alguma conduta ilícita por parte da pessoa que vai ser responsabilizada. Inclusive o art. 135 é expresso em exigir que o responsabilizado tenha agido com infração de lei.

Obviamente existem diversas possibilidades das pessoas apontadas nos incisos agirem com infração de lei. Mas, considerando que a finalidade da regra é proteger o Fisco do inadimplemento absoluto de débito tributário, é razoável que a atuação da pessoa que será responsabilizada tenha a ver com este débito tributário pelo qual responderá com inadimplemento absoluto.

Com base nesta interpretação, uma das condutas que estariam alcançadas pelo dispositivo é a pessoa estar no comando da empresa quando a empresa sonega tributos (oculta do fisco a ocorrência de fatos tributáveis). Agora, juntando os dois

elementos (esta conduta e a finalidade da regra de proteger o Fisco do inadimplemento absoluto), tem-se que para responsabilizar o gerente ou administrador é preciso que o débito tributário decorra de sonegação, que ele tenha estado na administração da empresa no momento em que ocorreu a sonegação, e que não seja possível cobrar da empresa.

Outra conduta passível de responsabilizar seria a dissipação irregular de patrimônio de empresa devedora do Fisco. Nesses termos, a responsabilidade decorre, não de sonegação, mas de dissipação do patrimônio da devedora sem observar as regras legais de privilégio de crédito.

Em termos práticos, conclui-se que a responsabilidade prevista no art. 135 é subsidiária, e não solidária, e aplica-se, dentre outras situações, quando o débito decorre de sonegação.

*No caso concreto, conforme o fiscal autuante, o auto de infração formaliza débito decorrente de sonegação fiscal no ano-calendário de 2005 e 2006. Assim, seria possível haver a responsabilização da gerente ou do administrador nos anos de 2005 e 2006, **mas não há qualquer demonstração no auto ou no termo de sujeição passiva solidária de que a empresa não tenha condições de pagar o débito.** Portanto, não está demonstrado que os fatos correspondem ao descrito no art. 135 e não se pode falar em responsabilidade da gerente ou do administrador. Deste modo, o art. 135 não fornece base legal para o "termo de sujeição passiva solidária".*

Em conclusão, a responsabilização é nula por falta de base legal.

Por oportuno, saliente-se que tal entendimento não impede a responsabilização das pessoas apontadas no momento em que ficar caracterizada a impossibilidade de cobrança do débito tributário da empresa. Por exemplo, vindo tal fato ficar demonstrado em uma execução frustrada, ficam perfectibilizadas as condições da responsabilização e a PFN pode redirecionar a execução para os responsáveis.

Em resumo, por tais razões, no que tange à matéria veiculada pelo presente processo, voto por dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a multa de 150%, por conhecer de ofício da imputação de responsabilidade, e por declarar a nulidade da responsabilização de terceiros.

Por fim, cabe destacar a necessidade de que os processos nº 15540.000397/2009-46 e nº 10730.720046/2010-38, que versam sobre o mesmo lançamento, sejam apensados aos processos nº 15540.000009/2009-27, no 10730.720045/2010-93, e nº 15540.000053/2009-37, dos quais dependem diretamente.

CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO

Por tais razões o Colegiado decidiu, naqueles autos: [...] 3) relativamente à imputação de responsabilidade a Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho: 3.1) por maioria de votos, CONHECER a matéria, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e 3.2) por maioria de votos, ANULAR os termos de sujeição passiva solidária, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que fará declaração de voto.

Consequência da apensação determinada ao final do voto condutor daquele julgado é a aplicação dos efeitos do que ali decidido também ao crédito tributário transferido para estes autos. Daí a declaração de voto aqui também apresentada, manifestando a divergência desta Conselheira em relação à decisão da maioria do Colegiado.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a questão de ordem suscitada pela embargante está superada pela decisão proferida nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46 (Acórdão nº 1101-00.760), razão pela qual os embargos devem ser

ACOLHIDOS e PROVIDOS, mas apenas para antecipar os efeitos da apensação referida e transpor, para estes autos, o que decidido nos autos do processo administrativo nº 15540.000397/2009-46, sem efeitos infringentes.

Por fim, subsidiariamente a embargante aponta obscuridade no que tange à apreciação dos efeitos da renovação de intimação da decisão de 1ª instância determinada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, hábil a evidenciar a tempestividade do recurso voluntário interposto. Contudo, observa-se no voto condutor do julgado que toda a argumentação desenvolvida presta-se a afirmar a validade da intimação da decisão de 1ª instância por edital, com fundamento na improficua tentativa de ciência postal no domicílio tributário da contribuinte. Logo, não se verifica a obscuridade mencionada, porque ao afirmar a validade da primeira intimação feita, o Conselheiro Relator está negando qualquer efeito à intimação renovada na forma mencionada.

Assim, relativamente a esta alegação, os embargos devem ser REJEITADOS.

Por tais razões, diante de todo o exposto, os embargos devem ser PARCIALMENTE ACOLHIDOS, e na parte acolhida deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso, mas sem efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora