



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

Processo n° 10840.720178/2011-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-001.128 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2014
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas
Recorrente CASA ORTOLAN ACABAMENTOS REVESTIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

NULIDADE PARCIAL DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

IMPUGNAÇÃO CONJUNTA ELABORADA POR PROCURADOR CONSTITUÍDO PELA CONTRIBUINTE E PELO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. FALTA DE APRECIÇÃO DOS ARGUMENTOS DE DEFESA CONTRA A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. Nos termos do art. 59, II, do Decreto n° 70.235/72, caracteriza cerceamento do direito de defesa, a demandar anulação parcial do acórdão recorrido para sua complementação, a falta de apreciação dos argumentos de defesa apresentados pelo responsável tributário, ainda que em impugnação conjunta com a pessoa jurídica autuada, desde que elaborada por procurador constituído por ambos sujeitos passivos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por voto de qualidade, em **ANULAR PARCIALMENTE** a decisão de 1ª instância na parte em que não apreciou a impugnação do responsável, vencido o Relator Conselheiro Benedito Celso Benício Júnior, acompanhado pelos Conselheiros Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso, que davam provimento ao recurso voluntário para excluir a responsabilidade tributária, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR - Relator

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), Edeli Pereira Bessa, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso.

Relatório

Cuida-se de Autos de infração lavrados no dia 16/02/2011 em desfavor de **Casa Ortolan Acabamentos Revestimentos Ltda.** (empresa optante pelo SIMPLES no ano-calendário de 2006) para exigir crédito tributário a título de IRPJ (R\$38.049,33), CSLL (R\$38.049,33), PIS (R\$27.960,53), COFINS (R\$112.218,96) e Contribuição para a Seguridade Social – INSS (R\$324.417,20) – acrescidos de juros de mora e multa de ofício –, perfazendo o montante global de R\$ 1.219.162,16, por conta de suposta omissão de receitas não escrituradas e de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada. O sócio administrador, Sr. Marco Antonio Ortolan, foi apontado como responsável solidário.

Na origem, em atenção ao Mandado de Procedimento Fiscal MPF Diligência nº 08109002009014478, a fiscalização, em 15/10/2009, intimou a empresa CASA ORTOLAN ACABAMENTOS REVESTIMENTOS LTDA (Termo de Intimação Fiscal SEFIS nº 115/2009 fls. 02 e 03), na pessoa de seu sócio administrador, Sr Marco Antonio Ortolan, a apresentar o Contrato Social da empresa e todos os livros contábeis / fiscais obrigatórios.

Em atendimento à solicitação, a fiscalizada apresentou cópia dos atos constitutivos (fls. 06 a 35), Livro de Registro de Saídas de Mercadorias do ano de 2006 (cujas totalizações mensais encontram-se às fls. 36 a 49), Livro de Registro de Entradas de Mercadorias do ano de 2006, Livro de Registro e Apuração de ICMS do ano de 2006 e Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias emitidas no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 e, posteriormente, apresentou o Livro Caixa do ano de 2006 (fls. 186 a 235).

Ao analisar a documentação apresentada pela contribuinte, incluindo a Declaração Simplificada (DSPJ) relativa ao ano-calendário de 2006 (cópia às fls. 236/259), a fiscalização constatou que foi declarada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) receita bruta de R\$ 457.125,97, cujo valor era coincidente com a receita escriturada no Livro de Registro de Saídas e também compatível com as Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias apresentadas pela fiscalizada, bem assim com as receitas das vendas de mercadorias escrituradas no Livro Caixa do ano de 2006, mas, no entanto, tal receita era incompatível com a movimentação financeira no mesmo período, cujo montante foi da ordem de R\$5.153.155,37.

Para além disso, entendendo existirem inconsistências no Livro Caixa, o procedimento fiscal foi transformado em fiscalização, em conformidade com o MPF Fiscalização nº 0810900.2009.015237, e em 29/10/2009 deu-se início ao procedimento fiscal

com a ciência do Termo de Início de fls. 50 a 52, por meio do qual foi a empresa intimada a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, os livros Diário, Razão, Caixa, Registro de Apuração de IPI e os extratos das contas correntes movimentadas no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, por entender que os extratos eram imprescindíveis para a correta apuração dos tributos federais.

Em 04/12/2009, a Casa Ortolan Acabamentos Revestimentos Ltda. foi reintimada a apresentar os mesmos documentos no prazo de 20 (vinte) dias (fls. 53/55). Em resposta, a contribuinte informou que (fls. 56/88):

"(...) A empresa possui conta corrente junto ao Banco HSBC Bank Brasil S/A, agência de Sertãozinho/SP, contudo, a empresa não está na posse desses documentos (...) Em decorrência do litígio com o banco, a empresa está impossibilitada de acessar via internet seus extratos (...) Dessa forma, a empresa para ter acesso a esses documentos já ingressou em 07/12/2009 com ação cautelar de exibição de documentos (...) O pedido de exibição dos documentos foi deferido (...) contudo o banco não foi citado para apresentar esses documentos, ademais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP entrou em recesso (...) e ficam suspensos os prazos processuais no período de 21/12/2009 a 06/01/2010 (...) Assim, a empresa Casa Ortolan Acabamentos Revestimentos Ltda, não sabe quando terá acesso aos referidos documentos, para poder apresentar a Vossa Senhoria (...)"

A fiscalizada apresentou cópia da referida ação proposta em face do banco HSBC (fls. 58 a 88).

Em razão da empresa não ter apresentado os extratos bancários solicitados, mesmo após passados quase quatro meses do recebimento da primeira intimação que os exigiu, a fiscalização através do Termo de Reintimação Fiscal SEFIS nº 044/2010 (fls. 91 a 93), mais uma vez intimou a empresa em 22/02/2010 a apresentar, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, os documentos já solicitados anteriormente.

Em resposta apresentada em 11/03/2010 (fls. 94/95), a contribuinte informou às fls. 94/95 que estava apresentando o original do livro Caixa nº 13 (fls. 186/235) e os extratos bancários da conta corrente nº 0355766 mantida na agencia nº 1030 do Banco HSBC (fls. 101 a 185).

Tendo em vista que a contribuinte apenas apresentou o extrato da conta corrente nº 0355766 mantida na agencia nº 1030 do Banco HSBC (fls. 101 a 185), mesmo tendo movimentado contas correntes em outras oito instituições financeiras distintas, associado ao fato da escrituração ser incompleta e parcial, a fiscalização, com base na Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto 3.724/2001 e na forma da Lei 9.430/1996, solicitou às Instituições Financeiras os extratos bancários (fls. 260/281), por entender serem eles indispensáveis para a apuração da sua receita bruta.

De posse dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras (fls. 284 a 541), a fiscalização constatou a existência de várias entradas financeiras (créditos em contas correntes bancárias) sem a correspondente escrituração no Livro Caixa. Esses créditos foram identificados e separados por instituição financeira.

Após excluir do total de créditos, as operações referentes a transferências entre contas de mesma titularidade, estornos de cheques, devoluções e demais créditos que não se enquadravam como possíveis receitas provenientes da sua atividade comercial, a fiscalização relacionou na planilha 01 (fls. 559 a 601) os demais créditos, no montante de R\$4.937.764,50. Desse montante a fiscalização verificou que R\$ 538.218,22 eram decorrentes das operações de cobrança bancária efetuadas pela fiscalizada e R\$ 82.350,68 eram decorrentes de vendas realizadas através de cartões de crédito. Estes créditos encontram-se dispostos nas planilhas 02 e 03 respectivamente (fls. 602 a 608; e 609 a 612). Os demais créditos, que perfazem um montante de R\$ 4.317.195,60 (4.937.764,50 - 538.218,22 - 82.350,68) eram originários principalmente de depósitos e transferências recebidos e estão relacionados na planilha 04 (fls. 613 a 643). Esclareceu a fiscalização, no Termo de Encerramento, que as diferenças de valores encontradas nas totalizações das planilhas 01, 03 e 04, quando comparadas com as das planilhas enviadas à fiscalizada em anexo ao Termo de Verificação e Intimação Fiscal nº 361/2010 são resultantes da exclusão de valores creditados relativos aos anos de 2005 e 2007, que somados atingiram R\$ 1.020,37. Tais valores podem ser verificados na planilha 05, anexa a este Termo (fls. 667).

Mediante o Termo de Verificação e Intimação Fiscal nº 361/2010 (fls. 552/557), a fiscalização intimou a contribuinte a comprovar, no prazo de 20 (vinte) dias, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados / depositados em suas contas correntes conforme planilhas 01 a 04, em anexo, de forma a descaracterizar que tais depósitos foram oriundos de atividades comerciais praticadas pela fiscalizada. Além disso, exigiu a apresentação, no mesmo prazo, dos extratos das cobranças realizadas conforme planilha 02 em anexo, juntamente com os contratos das operações de cobrança firmados com as instituições financeiras, bem assim os extratos mensais dos valores recebidos pelas vendas realizadas através de cartões de créditos conforme planilha 03 em anexo.

Decorrido o prazo dado sem que tenha apresentado qualquer documento ou esclarecimento à fiscalização, foi a empresa novamente intimada, por meio do Termo de Reintimação Fiscal nº 398/2010 (fls. 644 a 645), a se manifestar sobre a origem dos créditos bancários tal como foi exigido no Termo de Verificação e Intimação Fiscal nº 361/2010 (fls. 552/557). Exigiu ainda que apresentasse os depósitos/transferências bancários que fossem compostos por valores oriundos de outras contas correntes do contribuinte e que por acaso tivessem sido depositados juntamente com valores provenientes de terceiros.

Não tendo a contribuinte apresentado qualquer resposta à fiscalização, ou seja, não tendo comprovado a origem dos recursos relacionados nas planilhas 01, 02, 03 e 04 de forma a descaracterizar que se tratava de operações comerciais de sua atividade, a fiscalização, com fundamento no § 1º do art. 42 e inciso I do art. 44, ambos da Lei nº 9.430/96, considerou a importância anual de R\$ 4.290.960,07 como omissão de receita por presunção legal obtida pela diferença entre os depósitos/créditos bancários (R\$ 4.317.195,60) e os valores declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil por meio da Declaração Simplificada (R\$ 26.235,53), conforme quadro demonstrativo constante do Termo de Encerramento (fls. 745).

Quanto aos créditos nas correntes bancárias oriundos de operações de cobranças, no montante de R\$ 538.218,22, foram objeto de lançamento dentro da rubrica "Omissão de Receitas", na infração "Receitas não Escrituradas", por entender que as operações de cobranças constituem um expediente utilizado pelas empresas para receber o valor vendido a seus clientes utilizando-se o serviço de cobrança da instituição financeira e, portanto, só poderia levar à conclusão de que a empresa auferiu receitas de vendas perfeitamente identificadas a partir de suas operações de cobranças, no montante acima.

Os créditos nas contas correntes bancárias referentes aos recebimentos provenientes de cartões de crédito, no montante de R\$ 82.350,68, também foram objeto de lançamento dentro da rubrica "Omissão de Receitas", na infração "Receitas não Escrituradas", por entender que tais créditos evidenciam que os mesmos são oriundos da atividade comercial desenvolvida pela fiscalizada.

Como a empresa declarou à SRFB receita bruta de R\$ 457.125,97 e os somente créditos referentes aos recebimentos provenientes das vendas realizadas através de cartões de crédito e das vendas que deram origem às operações de cobrança representam um montante de R\$ 620.568,90, valor superior a mais de 35% de toda a receita bruta declarada à SRFB, a fiscalização concluiu que vendas foram efetuadas pela fiscalizada sem emissão de notas fiscais e, portanto, sem escriturá-las em seus livros comerciais/fiscais as reais receitas auferidas.

Em virtude desses fatos concluiu a fiscalização que a empresa cometeu, em tese, crime contra a ordem tributária, incorrendo na prática de sonegação fiscal ao omitir das apurações mensais da tributação para o SIMPLES, deliberadamente, parte das receitas das vendas efetuadas através de cartões de crédito e das vendas que deram origem às operações de cobrança, auferidas em cada um dos doze meses do ano calendário de 2006 com a intenção dolosa de se manter enquadrada neste regime simplificado e favorecido de tributação e de recolher menos tributos aos Cofres Públicos Federais.

No ponto, a autoridade fiscal aplicou a multa de 75% sobre os tributos e contribuições apurados em decorrência da omissão de receita caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada e aplicou a multa qualificada de 150%, com fulcro no §1º do art. 42 e § 1º do art. 44, ambos da Lei nº 9.430/96, sobre os valores dos tributos e contribuições apurados em decorrência dos valores creditados em suas contas-correntes bancárias provenientes das vendas realizadas através de cartão de crédito e das vendas que originaram as operações de cobrança, lançados dentro da rubrica "Omissão de Receitas", na infração "Receitas não Escrituradas".

Em acréscimo, a fiscalização lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome de Marco Antonio Ortolan, sócio detentor de 99% do capital social pertencente à pessoa jurídica investigada no auto de infração, tendo sido ele considerado pela fiscalização como responsável pela prática de sonegação fiscal (omissão de receitas em declaração de informações fiscais à SRFB e falta de emissão de documentos fiscais), cuja prática seria contrária a lei e definida como crime contra a ordem tributária, conforme dispõem os artigos 135, III e 137, I, todos da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Em virtude da contribuinte ter auferido receita bruta no ano-calendário de 2006 superior ao limite legal, foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 26, de 16/02/2011, cuja ciência à fiscalizada foi dada na mesma data da sua ciência do Auto de Infração, excluindo a empresa do Simples Federal a partir de 01/01/2007.

Intimados os sujeitos passivos, em sede de impugnação (fls. 760/778), **a contribuinte e o responsável solidário** sustentaram os seguintes argumentos, em síntese: **(i)** a nulidade do auto de infração por quebra de sigilo bancário sem chancela judicial; **(ii)** a falta de provas quanto à materialização do fato gerador do tributo, vez que os créditos em contas correntes podem conter empréstimos, circulação de dinheiro entre entidades bancárias e outras situações incapazes de denotar acréscimo patrimonial ou financeiro; **(iii)** a ausência de **descrição dos atos configuradores do crime contra a ordem tributária**, o que evidencia o

cerceamento do direito de defesa; (iv) o não recolhimento de impostos e a não apresentação de declarações não implicam a automática caracterização do intuito de fraude; e (v) a impossibilidade de responsabilização solidária por inexistência de indícios efetivamente provados.

Ao considerar não ter havido a comprovação da hígidez dos depósitos bancários efetuados em contas correntes, a 5ª Turma da DRJ/RPO (fls. 808/828) declarou a improcedência da impugnação apresentada, decidindo manter a sujeição passiva do responsável solidário a partir de premissa de que este teria deixado de apresentar impugnação e, sendo assim, a defesa da empresa não lhe aproveitaria, matéria que acabou sendo declarada como não impugnada. O acórdão restou assim ementado:

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

Ano-Calendário: 2006

SIGILO BANCÁRIO.

As informações bancárias obtidas regularmente e usadas reservadamente pelos agentes do Fisco, no processo, não caracterizam violação do sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996. Os valores dos depósitos cuja origem houver sido comprovada e que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502/64.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

A responsabilidade de terceiro pelo crédito tributário apurado é matéria distinta do fato gerador da obrigação tributária e deve ser impugnada pelo responsável indicado no “Termo de Responsabilidade Tributária”.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Cientificados do acórdão - o Sr. Marco Antonio Ortolan em 27/01/2012 (conforme AR de fl. 841) e a empresa em 16/02/2012 (conforme Edital de fl. 844) -, **a contribuinte e o solidário** interpuseram Recurso Voluntário (fls. 846/870) a este Colegiado em 28/02/2012, repisando todos os fundamentos expendidos por ocasião da impugnação.

Na assentada de 06/11/2013, esta Eg. 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção decidiu, por maioria de votos, determinar o SOBRESTAMENTO do processo enquanto não sobreviesse decisão do STF para o RE n. 601.314/SP, nos termos do art. 62-A, §1º, do RICARF.

Contudo, com o advento da Portaria MF n. 545/2013 que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do RICARF, devem ser incluídos em pauta novamente os processos anteriormente sobrestados (com base nos referidos dispositivos) para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator:

O recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação regente do processo administrativo fiscal, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

Da responsabilidade solidária do representante legal

Em relação ao tema em referência, penso que devemos nos prolongar, inicialmente, nos fatos havidos nos autos. Pois bem!

Por ocasião do Termo de Encerramento, a Fiscalização concluiu que *“diante dos fatos e das declarações da contadora Sra Meiriluce Ferreira Rodrigues, a fiscalização, através das provas materiais e das provas indiciárias, conclui que há fortes e suficientes indícios da prática contumaz da empresa em não declarar à SRFB a totalidade das receitas auferidas e que o responsável por esta prática é o sócio administrador da fiscalizada Sr. Marco Antônio Ortolan”* (fl. 753).

A partir disso, e alegadamente com fulcro no quanto disposto nos arts. 135, inc. III, e art. 137, inc. I, ambos do CTN, entendeu ter sido *“caracterizada a sujeição passiva solidária relativamente à pessoa abaixo relacionada”* (fl. 753).

Apresentada impugnação por parte do Sr. Marco Antônio Ortolan (fls. 760/778) - certo é que a impugnação apresentada foi feita, em conjunto, pelo responsável solidário e pela contribuinte, o que é absolutamente permitido na legislação processual brasileira, sendo também certo que a procuração constante do fólio 779 apresenta outorga de poderes de ambos os sujeitos passivos aos patronos da causa -, a douta instância *a qua*, afirmou que:

“Verifica-se dos autos que Marco Antônio Ortolan não apresentou impugnação contra a relação jurídico-obrigacional de responsabilidade passiva tributária a ele imputada na presente ação fiscal. (...) a impugnação apresentada pela contribuinte autuada contestando a responsabilização de Marco

Antonio Ortolan, CPF 856.170.918-91, não o aproveita, haja vista a natureza cindível da relação jurídica em questão.” (fl. 823)

“(…) cumpre frisar mais uma vez que os autos de infração sob exame foram impugnados tão-somente pela empresa autuada, vez que o responsável (Marco Antonio Ortolan) não apresentou qualquer peça impugnatória.” (fl. 827)

*“Dessa forma, tendo em vista que não foi apresentada nenhuma contestação, por parte do Sr. Marco Antonio Ortolan, **considero como não impugnado o Termo de Responsabilização de fl. 738**” (fl. 828)*

Consoante visto, cuida-se de erro perceptível *primo ictu oculi*, na medida em que a douta DRJ adotou premissa de que o responsável solidário não teria apresentado impugnação, quando, em verdade, o fez em conjunto com a contribuinte.

Assim, não tendo a douta DRJ analisado os argumentos externados pelo responsável solidário em sua impugnação, entendo ter havido **nulidade na r. decisão recorrida**, a qual apenas **não pronuncio por entender que, com fulcro no art. 59, §3º, do Decreto n. 70.235/72, a questão de mérito pode ser decidida favoravelmente àquele sujeito passivo a quem aproveitaria a referida declaração.**

Para analisar a responsabilização aludida no art. 135, inc. III, do CTN, mostra-se essencial a presença incontestada de dois elementos: (i) elemento pessoal, que diz respeito ao sujeito que deu azo à ocorrência da infração, sendo essencial que seja sujeito que possua poder de decisão; (ii) elemento fático, consubstanciado na necessidade de conduta que implique excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

No caso, parece-me que o primeiro elemento foi demonstrado à sociedade pela fiscalização. O Sr. Marco Antonio Ortolan é o sócio administrador e possui a maior parte da sociedade empresária que figura no polo passivo.

No tocante ao elemento fático, a autoridade fiscal não conseguiu demonstrar de forma incontestada que aconteceu um fato identificado que se enquadre dentre aqueles “*atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”, requisito esse que se mostra essencial para que seja possível o apontamento de responsável nos termos do art. 135, inc. III, do CTN.

Como visto, para além da “reiterada” omissão de receita, a fiscalização apontou como fundamento para responsabilizar solidariamente o Sr. Marco Antonio Ortolan o depoimento da técnica contábil responsável pela escrituração da empresa, *in verbis*:

“Em resposta a este Termo, nos dias 30/12/2010 e 18/01/2011, esta fiscalização recebeu documento contendo as explicações da contadora da fiscalizada (fls. 650 a 663). Assim se expressou a Sra Meiriluce ao ser questionada sobre a ausência de escrituração da movimentação financeiras no Livro Caixa e de quem havia sido a decisão de escriturar o Livro Caixa sem a movimentação bancária: ‘a decisão foi minha. Solicitei por várias vezes a documentação financeira da empresa e não obtive sucesso. Diante desta negativa e da necessidade de cumprir prazos para entrega de obrigações acessórias tomei iniciativa de autorizar o auxiliar contábil a efetuar os lançamentos de acordo com a documentação recebida, ou seja, notas fiscais de entradas

de mercadorias, saídas de mercadorias entre outros que estão escriturados no livro caixa.'

25.2- *Ao ser questionada sobre a documentação usada como base para escriturar no Livro de Registro de Saídas a receita bruta de R\$457.125,97, e sobre o responsável por passar tais documentos a ela e por fazer a conciliação bancária, assim afirmou a contadora: '(...) A receita bruta lançada no Livro de Registro de Saídas do ano de 2006 foi extraída das 3 vias das notas fiscais de saídas que a empresa emitia e encaminhava sob meus cuidados mensalmente (...) A conciliação bancária não foi feita por motivo de não recebermos a movimentação financeira da empresa para o lançamento contábil. As informações contidas nos Livros de Registro de Saídas e Caixa foram limitadas à documentação recebida. (...) O responsável por me encaminhar estes documentos era o Senhor José Roberto Martins de Oliveira, funcionário da empresa, que trabalhava sob supervisão do Senhor Marco Antonio Ortolan, sócio administrativo da empresa.'* (fls. 751/752)

Primeiramente, o fato de ele ser o administrador não faz com que toda e qualquer atividade relacionada a empresa seja realizada sobre as suas ordens, sendo certo que a supervisão aludida no depoimento se mostra imprestável.

Ainda que assim não fosse, uma declaração externada pela técnica contábil responsável pela falha da contribuinte não possui o condão de formar meu convencimento em desfavor do sócio administrador, na medida em que referido testemunho não pode ser visto como isento de influencias, porquanto, caso não fosse apontado outro responsável pelos equívocos existentes na contabilidade da empresa, poderia ser ela - a técnica contábil - responsabilizada pessoalmente.

Nesse sentido, afastada a força probatória desse testemunho, resta saber se o fato de a sociedade empresária ter deixado de pagar os tributos devidos - nos moldes que ocorreu no presente caso, a partir de omissão de receita - conduzem à responsabilização de seu sócio administrador e a resposta, a meu ver, é negativa.

Da mesma forma, não há se falar em responsabilização com base no art. 137, inc. I, do CTN, porquanto não há cometimento de crime ou contravenção, no caso concreto, que permitiria a responsabilização do referido sócio administrador.

Assim, à míngua de atos que configurem, de forma inconteste, ações praticadas *“com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”*, entendo que deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso do responsável solidário, para o fim de excluí-lo da sujeição passiva no caso.

Caso esse colegiado não entenda dessa forma - e considerando que somente não pronunciei a evidente nulidade presente na r. decisão recorrida a partir de meu entendimento favorável ao sujeito passivo solidário (art. 59, §3º, do Decreto n. 70.235/72) -, penso ser o caso de **pronunciar a nulidade presente no r. acórdão recorrido, na medida em que, nos termos do art. 59, inc. II, do Decreto n. 70.235/72, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.**

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR – Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Como relatado, a presente exigência foi formulada contra a contribuinte Casa Ortolan Acabamentos Revestimentos Ltda, atribuindo-se responsabilidade tributária ao sócio administrador Marco Antonio Ortolan, mediante lavratura de Termo de Sujeição Passiva Solidária com fundamento nos artigos 135, III e 137, I, todos do CTN.

A contribuinte e o responsável solidário ofereceram impugnação conjunta (fls. 760/778), porém a 5ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto manteve a imputação de responsabilidade tributária por entender que Marco Antônio Ortolan não havia apresentado impugnação.

Ocorre que a impugnação de fls. 759/795 traz em seu preâmbulo a indicação de Marco Antônio Ortolan como impugnante, veicula argumentos específicos contra a responsabilidade tributária que lhe foi imputada, e está assinada por Leandro Galícia de Oliveira, procurador constituído pela pessoa jurídica e por seu sócio, em nome próprio, nos termos do mandato de fl. 779.

A autoridade julgadora, porém, relata que *cientificada dos autos de infração em 21/02/2011, a contribuinte, inconformada, ingressou em 23/03/2011, por intermédio de seu procurador legalmente constituído (fl. 779), com a impugnação de fls. 760/778*. Assim, não atentou que a peça apresentada também trazia como impugnante o sócio responsável, e em consequência deixou de apreciar os argumentos por ele apresentados contra a acusação que lhe foi feita.

A Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria RFB nº 2274/2010, determinou a ciência dos autos aos responsáveis, bem como a abertura de prazo de impugnação para questionamento não só do crédito tributário, como também do vínculo de responsabilidade:

Art. 1º Os processos de determinação e exigência de créditos tributários relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nas hipóteses em que houver **pluralidade de sujeitos passivos**, serão disciplinados conforme o disposto nesta Portaria.

Art. 2º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2º Na hipótese de que trata o **caput**, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

Art. 3º Todos os autuados deverão ser **cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação**.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput**, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento.

[...]

Art. 7º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

§ 2º Os autos somente serão encaminhados para julgamento depois de transcorrido o prazo para apresentação de impugnação ou recurso para todos os autuados ou impugnantes, conforme o caso.

§ 3º No caso de impugnação quanto ao crédito tributário e quanto ao vínculo da responsabilidade e, posteriormente, recurso voluntário apenas no tocante ao vínculo, a exigência quanto ao crédito tributário torna-se definitiva para os demais autuados que não recorreram.

§ 4º A desistência de impugnação ou recurso não prejudica os demais autuados que também impugnaram ou recorreram.

§ 5º A decisão definitiva que afasta o vínculo de responsabilidade opera efeitos imediatos.

§ 6º Se um dos autuados pedir parcelamento ou compensação do crédito tributário lançado, aplica-se o disposto no art. 5º ou no art. 6º, respectivamente.

[...] (negrejou-se)

E, nesta esteira, também o CARF já apresenta jurisprudência pacificada por meio da recente edição da Súmula CARF nº 71: *Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.*

Observe-se que inexistente qualquer disposição legal ou normativa que exija a apresentação de defesa em separado pelos diferentes sujeitos passivos.

Por estas razões, resta evidenciado o cerceamento ao direito de defesa que enseja a nulidade da decisão recorrida na forma do Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) (negrejou-se)

Por sua vez, a ressalva prevista no §3 do dispositivo acima transcrito não autoriza que se prossiga na apreciação dos demais argumentos apresentados pelos recorrentes, ainda que eventualmente para acolhê-los e decidir o mérito da exigência em seu favor, na

medida em que a Fazenda Nacional teria, em tese, a possibilidade de apresentar recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais e o julgamento deste seria retardado/prejudicado porque não sanado o vício aqui constatado.

Diante do exposto, o presente voto é no sentido de ANULAR PARCIALMENTE a decisão de 1ª instância, e determinar o retorno dos autos à DRJ/Ribeirão Preto para apreciação dos argumentos deduzidos em impugnação contra a imputação de responsabilidade tributária. Ao final, os sujeitos passivos deverão ser cientificados da decisão complementar, facultando-se ao responsável tributário, caso mantida a acusação que lhe foi feita, a possibilidade de apresentação de novas razões de defesa.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.