



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

Processo nº 10882.724473/2012-13
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1201-001.239 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de dezembro de 2015
Matéria IRPJ E REFLEXOS.
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado FUNDIÇÃO BALANCINS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

MATÉRIA PRECLUSA

Não se toma conhecimento das questões não submetidas ao julgamento de primeira instância, por afronta ao duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em admitir os embargos, vencidos os Conselheiros Ronaldo Apelbaum e Marcelo Cuba Netto, que não o admitiam. No mérito, por maioria de votos, acolhem os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, com efeitos infringentes, para re-ratificar o Acórdão nº 1102-001.280, de 3 de fevereiro de 2015, para que não sejam conhecidas as razões de recurso voluntário apresentadas no tocante à responsabilidade tributária solidária de Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri, mantendo-se hígida a decisão proferida no tocante a todos os seus demais aspectos, vencidos os Conselheiros Ronaldo Apelbaum e Marcelo Cuba Netto que não acolhiam os embargos.

Documento assinado digitalmente.

Marcelo Cuba Netto - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto, João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteado, Roberto Caparroz de Almeida, Ester Marques Lins de Sousa e Ronaldo Apelbaum.

Relatório

Trata-se de embargos opostos tempestivamente pela Procuradoria da Fazenda Nacional relativos ao Acórdão nº 1102-001.280, de 3 de fevereiro de 2015 (fls. 2770-2775), cuja decisão foi a seguinte (grifei):

“Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso voluntário, para cancelar a parcela dos lançamentos decorrentes dos valores demonstrados na tabela “Valores (de receitas consideradas omitidas) a cancelar” constante do voto, vencidos os conselheiros Marcos Vinicius Barros Ottoni, Marcelo Baeta Ippolito, e Antonio Carlos Guidoni Filho, que davam provimento em maior extensão para cancelar a autuação relativa ao IRPJ e CSLL dos anos de 2009 e 2010 por erro na utilização de dois regimes de tributação (presumido e arbitrado) em um mesmo período de apuração, **e, por unanimidade de votos, afastar a responsabilidade tributária atribuída pelo fisco aos sócios pessoas físicas**. O conselheiro Jackson Mitsui acompanhou o relator pelas conclusões.”

A embargante transcreve excertos do voto condutor do acórdão relativos à parte em que, por unanimidade de votos, foram excluídos do polo passivo os sócios Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri, ao fundamento de que tais pessoas não teriam sido cientificadas da sua imputação como responsáveis tributários pela fiscalização, para a seguir afirmar que:

“(…) analisando o processo de Representação Fiscal para Fins Penais nº 10882.724598/2012-43, originalmente apensado aos autos, constata-se que os sócios Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri foram efetivamente cientificados do lançamento. Com efeito, os termos de sujeição passiva solidária nº 1 e 2 revelam que os responsáveis solidários tomaram conhecimento da autuação em 30/11/2012, por meio do seu procurador regularmente constituído, sr. Jaider Cruz Gama.”

Nestes termos, defende a embargante que estaria correta a observação feita ainda pela autoridade julgadora de primeira instância, quando afirmou que os referidos sócios, cientificados da autuação, não apresentaram impugnação. E que a matéria, portanto, estaria preclusa, não podendo a turma sobre ela manifestar-se, salvo se entendesse que se trataria de matéria de ordem pública. Todavia, não houve qualquer manifestação do colegiado neste sentido.

Por despacho (fls. 2783-2785), foram os embargos admitidos para que o colegiado sobre eles se pronunciasse.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

Os embargos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, deles tomo conhecimento.

Inicialmente, para melhor esclarecimento dos fatos e dos fundamentos adotados no acórdão embargado, transcrevo a análise feita no voto condutor do Acórdão nº 1102-001.280 sobre o ponto a respeito do qual versam os presentes embargos:

“No recurso, alega a recorrente que a inclusão dos sócios administradores no lançamento tributário, objetivando responsabilizá-los, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, é inaplicável ao caso, e que, para enquadrar a responsabilidade destas pessoas no art. 135 do mesmo CTN (o que o fisco não fez) seria necessário provar que houvessem agido com fraude ou excesso de poderes.

Antes de apreciar a questão, há de se superar uma questão preliminar.

Consignou a DRJ que a responsabilidade solidária atribuída aos sócios pela fiscalização não fora contestada, em sede de impugnação, nem pelo contribuinte, nem pelos próprios sócios administradores responsabilizados. É o que consta no relatório da decisão recorrida, nos seguintes termos:

‘Instruindo a impugnação da PJ encontra-se, às fls. 2432, um Termo de Sujeição Passiva de nº 02, o que denota que foram lavrados e cientificados aos interessados, mas não há impugnação em nome dos sócios como pessoas físicas.’

Em vista do fato, consignou a autoridade julgadora, no voto proferido, tratar-se de matéria não impugnada, *verbis*:

‘Todavia, não se encontra nos autos notícia de Impugnação apresentada em nome das pessoas físicas dos sócios, configurando-se assim matéria não impugnada.’

E, no texto relativo à parte dispositiva do acórdão proferido, lê-se:

‘À DRF de origem para intimar a pessoa jurídica autuada, e as pessoas físicas às quais foram imputadas responsabilidade solidária, para pagamento do crédito mantido, no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado (...)’

Pois bem.

De imediato, vê-se que a referência à ciência dos Termos de Sujeição Passiva que teriam sido lavrados, feita pela DRJ, é indireta, ou seja, parte de constatação feita a partir de documento trazido aos autos pelo impugnante.

Isto ocorre porque, no caso, o fisco não juntou aos autos nem os Termos de Sujeição Passiva que lavrou contra os Srs. Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri (ainda que esta falha pudesse ser superada em face da descrição, no relato fiscal, de que estas pessoas foram consideradas responsáveis pelo crédito tributário), nem

qualquer comprovação de que estas pessoas tenham efetivamente tomado ciência dos referidos termos.

Assim, para todos os efeitos, somente o contribuinte pessoa jurídica tomou ciência de que os sócios administradores teriam sido responsabilizados, circunstância esta que não supre, de forma alguma, a falta de ciência dos sócios, que eventualmente tenha ocorrido, e que se intui ter ocorrido, em razão da falta de impugnação por parte destas pessoas.

E a pessoa jurídica não impugnou esta matéria, isto é fato.

Para arrematar, vê-se ainda que, a despeito de ter a DRJ expressamente determinado que os sócios fossem (ao menos) cientificados da decisão por ela proferida, tal determinação, aparentemente, foi solenemente ignorada pela unidade administrativa da RFB, o que apenas corrobora a suposição de que, muito provavelmente, os sócios não foram originalmente cientificados de sua responsabilização pelo crédito tributário.

Tudo isto denota uma falha processual capaz de tornar nula a responsabilização dos sócios pelo crédito tributário, uma vez que estes não teriam tido oportunidade de se defenderem da acusação, no processo administrativo.

Contudo, tendo em vista que o contribuinte pessoa jurídica, ao menos no recurso, insurgiu-se contra a referida responsabilização, é possível, no caso, fazer-se uso da previsão legal contida no art. 59, § 3º, do PAF, *verbis*:

“Art. 59. . São nulos:

(...)

§ 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)”

De fato, há que se registrar que a fiscalização em nenhum momento empreendeu qualquer esforço no sentido de demonstrar que os referidos sócios tenham ativamente praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei ou contrato social, nem mesmo fez constar do Termo de Verificação Fiscal ou do Termo de Sujeição Passiva (de cujo teor só se tem conhecimento porque juntado pelo contribuinte) o art. 135 do CTN.

A acusação fiscal, neste aspecto, é extremamente singela, contemplando tão somente o art. 124, I, do CTN, e está contida em um único parágrafo do Termo de Verificação Fiscal. Confira-se:

‘17. Aos sócios administrativos ficou configurado o interesse comum, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), e procedemos à lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária para o fim de incluir o Sr. PAUL ADEEB COURI - CPF nº 223.548088-87 e JOSEPH MICHAEL COURI – CPF nº 431.293.908-04 no pólo passivo da ação fiscal quanto ao ano de 2008 a 2010 do qual o sujeito passivo solidário em questão será cientificado na mesma data do Auto de Infração.’

Com o devido respeito, mais uma vez a fiscalização não empreendeu o mínimo esforço em demonstrar de que forma teria sido configurado o interesse comum, limitando-se a tão somente afirmá-lo.

Já tive a oportunidade de manifestar, em outras ocasiões, o entendimento de que é possível, sim, a atribuição de responsabilidade tributária, com base no art. 124, a pessoas que não se encontram obrigatoriamente em um mesmo polo da relação jurídica (até mesmo entre comprador e vendedor, por exemplo, e, por extensão, também no caso de sócio pessoa física com relação à pessoa jurídica contribuinte principal). Contudo, entendo que tal possibilidade deva ficar restrita aos casos em que a fiscalização tenha demonstrado, de forma efetiva, o proveito (econômico) próprio diretamente auferido pelos sócios em questão, o que, no caso, de forma alguma restou demonstrado pelo fisco.

Não se sustenta, portanto a imputação de responsabilidade aos sócios.

Em vista do exposto, deixo de pronunciar a nulidade desta imputação para, no mérito, decidir favoravelmente ao recorrente, excluindo os sócios Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri do polo passivo.”

Conforme visto, a decisão proferida pelo colegiado, no tocante à responsabilidade tributária dos sócios, apoiou-se sobre uma premissa absolutamente inverídica.

Não é verdade que o fisco não tenha dado ciência dos Termos de Sujeição Passiva Solidária aos mencionados sócios, conforme se verá a seguir.

Não se trata, assim, de mero equívoco na análise das provas, ao qual se pudesse opor eventual óbice à análise em sede de embargos, posto que estes não se prestam à mera reavaliação de provas, mas sim de uma decisão erigida sobre uma premissa inverídica (a suposta inexistência de um fato efetivamente ocorrido).

Ocorre que os referidos termos se encontravam nos autos do processo de Representação Fiscal para Fins Penais nº 10882.724598/2012-43, que originalmente se encontrava apensado aos autos, conforme observou a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Contudo, o referido processo foi desapensado em 12/12/2012, conforme o Termo de Desapensação de fls. 2434. E, assim, desde a data em que o processo foi distribuído a este relator, até o seu julgamento, não foi possível tomar conhecimento da existência daqueles termos.

Esta desapensação em 12/12/2012 talvez explique também porque a DRJ, ao prolatar a sua decisão, em 09/04/2013, mencionara os referidos termos apenas de forma indireta, consoante o excerto ao norte transcrito.

A DRJ, na verdade, estabeleceu uma pressuposição de que os referidos termos teriam sido cientificados aos responsáveis, e o fez a partir de uma cópia *parcial* de um dos termos lavrados contra *apenas um dos mencionados sócios* (Joseph Michael Couri) a qual fora trazida pelo próprio contribuinte pessoa jurídica em sua defesa de impugnação. Veja-se que na referida cópia parcial deste termo não consta ciência alguma por parte do sujeito passivo responsabilizado.

Neste aspecto, esta pressuposição da DRJ, em desfavor dos sujeitos passivos, poderia até mesmo ser causa de nulidade daquela decisão. Contudo, esta questão — assim

como a própria nulidade dos atos de imputação de responsabilidade, por suposta falta de ciência — restou inteiramente superada na medida em que o colegiado conheceu das razões expostas somente em sede de recurso voluntário contra a responsabilização dos sócios, decidindo, por unanimidade de votos, afastar a responsabilidade dos mesmos. Assim procedeu o colegiado com amparo no art. 59, § 3º, do PAF.

Que os responsáveis não haviam apresentado impugnação, não há dúvidas. Este é um fato inconteste.

A dúvida que havia é se o fato de não apresentarem impugnação seria decorrência do fato de não terem sido cientificados da exigência fiscal.

Foi neste contexto que, considerando a ausência de provas da ciência dos responsáveis, aliada à aparente *repetição* desta mesma ocorrência (haja vista a falta de intimação aos responsáveis para tomar ciência da decisão de piso, apesar da expressa referência em destaque – negrito – pela DRJ, conforme excerto daquela decisão acima transcrito), o colegiado decidiu tomar por verdade processual a ausência de ciência dos responsáveis quanto à exigência fiscal.

Entretanto, ora restou cabalmente demonstrado, pela Fazenda Nacional, que os referidos sócios foram devidamente cientificados da autuação fiscal.

Às fls. 219-220 e 222-223 do processo de Representação Fiscal para Fins Penais nº 10882.724598/2012-43 encontram-se as cópias dos Termos de Sujeição Passiva Solidária nº 1 e 2, lavrados contra os sócios Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri, respectivamente, termos estes dos quais ambos tomaram ciência, em 30/11/2012, por meio do seu procurador regularmente constituído (procurações às fls. 221 e 224).

Com isto, efetivamente ruiu o pressuposto central em que se baseou a decisão proferida, com relação ao ponto embargado (afastamento da responsabilidade solidária dos referidos sócios por ausência de sua ciência), fato este que demanda a devida correção e saneamento por meio destes embargos.

Tendo os sujeitos passivos solidários sido devidamente cientificados dos atos de imputação desta responsabilidade, e não apresentado impugnação, só resta considerar tal matéria como preclusa, nos exatos termos em que já procedera a DRJ.

É este o entendimento expresso, também, nos precedentes do CARF abaixo colacionados:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — Não se conhece do recurso voluntário, na parte que versa sobre matéria não prequestionada no curso do litígio, em homenagem ao princípio do duplo grau de jurisdição, que norteia o processo administrativo fiscal. (...) (Acórdão nº 10515.212, relatora Adriana Gomes Rêgo, sessão de 07 de julho de 2005)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS – PRECLUSÃO — Não se toma conhecimento das razões recursais cuja questão não foi debatida frente à autoridade de primeira instância, quando se instaurou o litígio, por constituir-se de matéria preclusa. (Acórdão nº 10195.519, relator Paulo Roberto Cortez, sessão de 28 de abril de 2006)

MATÉRIA PRECLUSA — Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. **(Acórdão nº 10517.100, relator Waldir Veiga Rocha, sessão 26 de junho de 2008)**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – ALEGAÇÕES E PROVAS APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO – PRECLUSÃO — Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento, os argumentos e provas não submetidos ao julgamento de primeira instância, apresentados somente na fase recursal, que não atendam aos requisitos do art. 16 do Decreto nº 70.235/72. (...) **(Acórdão nº 19500.022, relator Benedicto Celso Benicio Júnior, sessão de 16 de setembro de 2008)**

AS MATÉRIAS NÃO ALEGADAS EM FASE DE IMPUGNAÇÃO RESTAM PRECLUSAS — O contribuinte deve alegar todas as matérias que deseja discutir no processo na fase de impugnação, sob pena de preclusão desse direito. **(Acórdão nº 19700.023, relatora Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, sessão de 16 de setembro de 2008)**

Quanto ao fato de os responsáveis tributários não terem sido cientificados a respeito da decisão de piso proferida (nada obstante a determinação da DRJ para que isto fosse feito), cumpre apenas observar que se trata de mera falha processual que: (i) num primeiro momento, não caracterizara qualquer espécie de cerceamento do direito de defesa, porque o colegiado, ao proferir o acórdão ora embargado, superara este ponto, acolhendo as razões de recurso voluntário e, nesta parte, dando-lhe provimento; (ii) nas atuais circunstâncias, tampouco caracterizam qualquer forma de vício insanável, posto que efetivamente demonstrado que os responsáveis tributários sequer possuíam o direito a apresentar recurso voluntário contra a referida imputação (assim, a citada falha é perfeitamente sanável).

Por todo o exposto, acolho os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, com efeitos infringentes, para re-ratificar o Acórdão nº 1102-001.280, de 3 de fevereiro de 2015, para que não sejam conhecidas as razões de recurso voluntário apresentadas no tocante à responsabilidade tributária solidária de Paul Adeeb Couri e Joseph Michael Couri, mantendo-se hígida a decisão proferida no tocante a todos os seus demais aspectos.

Dê-se ciência desta decisão ao contribuinte bem como aos responsáveis tributários.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Processo nº 10882.724473/2012-13
Acórdão n.º **1201-001.239**

S1-C2T1
Fl. 9

CÓPIA