



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 10980.011030/2005-21
Recurso nº 151.504 Voluntário
Matéria IRPJ e OUTROS/SIMPLES - EX.: 2001
Acórdão nº 105-17.039
Sessão de 29 de maio de 2008
Recorrente BERNARDO WOICECOSKI E OUTROS (responsáveis tributários por ADRIÁTICA ÓTICA LTDA., CNPJ 02.296.536/0001-21 - extinta)
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

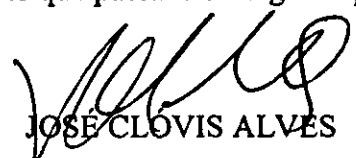
**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS
E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE - SIMPLES**

Exercício: 2001

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de 1ª Instância, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLOVIS ALVES

Presidente


WALDIR VEIGA ROCHA

Relator

Formalizado em: 27 JUN 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON: FERNANDES GUIMARÃES, IRINEU BIANCHI, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

BERNARDO WOICECOSKI E OUTROS (responsáveis tributários por ADRIÁTICA ÓTICA LTDA., CNPJ 02.296.536/0001-21 - extinta), já qualificados nestes autos, inconformados com o Acórdão nº 10.038, de 26/01/2006, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, recorrem voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração lavrados em 05/10/2005 (ciência em 06/10/2005) contra os sujeitos passivos BERNARDO WOICECOSKI, CPF 064.368.709-20, DEMÓSTENES ALBERNAZ, CPF 403.489.389-34, FLORISA VIEIRA SALES, CPF 829.960.089-87 e DIÓGENES ODORICO CARLOS WOSTIROSCHKI ALBERNAZ, CPF 316.762.519-87, todos na qualidade de responsáveis tributários por ADRIÁTICA ÓTICA LTDA., CNPJ 02.296.536/0001-21 (extinta), exigindo-lhes os tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, quais sejam, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (fl. 301), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fl. 308), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fl. 315), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fl. 322) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fl. 329), acrescidos de multa de ofício de 150% e juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 238.287,30, tudo relativo ao ano-calendário 2000, conforme demonstrativo consolidado de fl. 06.

O lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa Adriática Ótica Ltda, CNPJ nº 02.296.536/0001-21, extinta em 18/09/2000, em que foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 281/285):

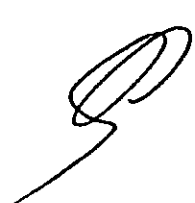
- omissão de receitas, caracterizada pela falta de comprovação da origem de depósitos bancários.
- insuficiência de recolhimento, pela diferença entre as alíquotas aplicáveis à receita declarada e à receita efetiva, esta apurada com a inclusão das receitas omitidas.

Tendo em vista que a empresa Adriática Ótica Ltda foi extinta em 18/09/2000, tanto o auto de infração de IRPJ quanto os decorrentes foram lavrados contra o interessado, Bernardo Woicescoski, sócio majoritário da empresa extinta.

Foram também lavrados Termos de Declaração de Sujeição Passiva Solidária (fls. 333, 334 e 335) das pessoas físicas Demóstenes Albernaz (que geria a empresa), Florisa Vieira Sales (sócia minoritária) e Diógenes Odorico Carlos Wostiroschki Albernaz (que assinava a movimentação financeira em bancos), nos termos do inciso I do art. 135 do CTN, combinado com o inciso VII do art. 134 do mesmo Código.

Em 04/11/2005, representados por procuração, a empresa Adriática Ótica Ltda e as pessoas físicas Bernardo Woicecoski, Diógenes Odorico Carlos Wostiroschki Albernaz, Demóstenes Albernaz e Florisa Vieira Sales apresentaram impugnação (fls. 339/372) articulada seguinte forma, em síntese:

- a) suscitam a preliminar de decadência em relação aos períodos anteriores a 05/10/2000. Para isso, referem-se ao § 4º do art. 150 do CTN e alegam que, para o presente caso, não se aplica o art 173, I, do mesmo código, por se estar aqui tratando de lançamento por homologação em que há pagamento antecipado;
- b) pedem a exclusão de Diógenes Carlos Wostiroschki Albernaz e Demóstenes Albernaz do pólo passivo dos lançamentos, porque não eram sócios da empresa Adriática Ótica Ltda., nem tampouco se enquadram nos arts. 134, VII, e 135, I, do CTN, que segundo a autoridade fiscal seriam os dispositivos autorizadores de sua inclusão como responsáveis solidários;
- c) pedem a nulidade dos autos de infração, por quebra do sigilo bancário sem a devida autorização judicial e instauração do devido processo legal;
- d) dizem que o direito à inviolabilidade de informações acerca da movimentação de valores mobiliários do cidadão é uma das facetas dos direitos à privacidade e à intimidade, consagrados pela Carta Magna em seu art. 5º, X e XII;
- e) alegam que o sigilo bancário abarcado pelo direito à intimidade e à vida privada, estando inserido na Constituição Federal, não pode ser diminuído em decorrência da edição de uma lei ordinária;
- f) lembram que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se manifestou no sentido de que não é cabível a aplicação retroativa da Lei Complementar 105, de 2001;
- g) dizem que a Lei nº 4.595, de 1964, ainda se encontra em vigor e que ela, em seu art. 38, condiciona a quebra do sigilo bancário à prévia autorização judicial;
- h) lançam mão do art. 5º, LVI, da CF, para concluir que as informações referentes aos saldos, movimentações e extratos bancários, se obtidos ao arrepio dos preceitos constitucionais, devem ser tidos por ilegais e não possuem qualquer valor probante;
- i) alegam que a Lei nº 9.311, de 1996, restringiu a utilização de informações fornecidas pelas instituições bancárias ao lançamento de CPMF, e que a alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001, não pode atingir fatos geradores regidos pela lei pretérita, que proibia a utilização destas informações para o lançamento de outros tributos ou contribuições;
- j) asseveram que a aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, não fere apenas o princípio geral de direito intertemporal (eficácia da lei restrita aos fatos verificados durante a sua vigência), mas também a Lei nº 4.595, de 1964, com *status* de lei complementar, e que é destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que institui novos critérios de apuração ou



processos de fiscalização e ampliou os poderes de investigação das autoridades administrativas, posto que esse parágrafo se refere ao procedimento administrativo e a prerrogativas meramente instrumentais, não tendo o condão de permitir a utilização da movimentação financeira do contribuinte para o lançamento de crédito tributário relativo a operações anteriores à vigência da Lei nº 10.174, de 2001;

- k) dizem ser incabível a aplicação da multa de 150%, uma vez que não ficou demonstrado o nítido intuito de fraude, nem a empresa deixou de prestar informações ao agente do Fisco - mas apenas resguardou seu direito constitucional ao sigilo bancário -, além de que a Fiscalização dispunha de meios para localizar a origem dos recursos depositados nas contas bancárias;
- l) alegam que os Tribunais Pátrios consolidaram o entendimento de que é ilegítimo o lançamento tributário única e exclusivamente com base em depósitos bancários que supostamente comprovariam omissão de receitas, sem quaisquer outros elementos que comprovem a certeza e liquidez do crédito que se pretende cobrar, como no caso em análise;
- m) requerem a realização de perícia contábil, para responder a 5 quesitos, os quais descrevem à fl. 372.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR analisou a impugnação apresentada pelo sujeito passivo e, por via do Acórdão nº 10.038, de 26/01/2006 (fls. 444/460), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PERÍCIA.

Considera-se não formulado o pedido de perícia, quando não indicados o nome, o endereço e a qualificação profissional do perito.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2000

Ementa: DECADÊNCIA. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a partir da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação.

MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÃO QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, impõe-se a multa de 150% por infração qualificada.



Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS.

A Lei Complementar 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto 3.724, de 2001, que autoriza à autoridade fiscal requisitar informações acerca da movimentação financeira dos contribuintes, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que, a teor do § 1º do art. 144 do CTN, as informações requisitadas podem se referir a períodos pretéritos.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita ou rendimento a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; a presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutar a presunção mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

Por relevante, esclareço que a referida decisão não apreciou o pedido de que Demóstenes Albernaz e Diógenes Odorico Carlos Wostiroschki Albernaz fossem excluídos do pólo passivo tributário. Nos parágrafos 42 a 59 (fls. 454/456), o relator do voto condutor do acórdão justifica essa conduta à luz do art. 224 da Portaria MF nº 30/2001, a qual aprovou o então vigente Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal. Sua conclusão é de que a responsabilidade solidária é matéria afeita à execução, a cargo da Procuradoria da Fazenda Nacional, e que refoge à competência daquele colegiado.

Da decisão de primeira instância foi dada ciência tão somente ao Sr. Bernardo Woicecoski, em 14/02/2006, conforme Aviso de Recebimento à fl. 465. Inconformado, o Sr. Bernardo apresentou recurso voluntário em 14/03/2006 conforme carimbo de recepção à folha 466.

No recurso interposto (fls. 467/500), reitera nos mesmos termos os argumentos já trazidos na fase impugnatória, com a única exceção daqueles que diziam respeito à sujeição passiva solidária atribuída aos Srs. Demóstenes Albernaz e Diógenes Odorico Carlos Wostiroschki Albernaz.

Insurge-se, ademais, contra o indeferimento de seu pedido de perícia contábil. Segundo afirma, esse indeferimento ter-se-ia dado por motivos meramente formais, a saber, a “*não qualificação pelo Recorrente do profissional habilitado*”. Por sua ótica, tal fato cerceia seu direito à ampla defesa e ofende o princípio do contraditório ante a necessidade de produção das provas requeridas.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Ao contrário da decisão proferida em primeira instância, entendo que cabe à DRJ a análise de todas as provas e argumentos suscitados pelo sujeito passivo, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

Na peça impugnatória, foi suscitada a ilegitimidade passiva dos Srs. Demóstenes Albernaz e Diógenes Odorico Carlos Wostiroschki Albernaz, por se tratarem de pessoas estranhas ao quadro societário da empresa Adriática Ótica Ltda. e, ainda, por não se enquadrarem, sob a ótica dos impugnantes, nos arts. 134, VII, e 135, I, do CTN, base legal empregada pelos autuantes para atribuição da responsabilidade solidária.

Conforme já relatado, a Delegacia de Julgamento não efetuou a análise dessa argumentação.

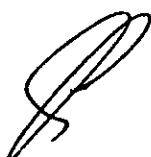
Devo ressaltar que, nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional, integram o pólo passivo da relação jurídico-tributária tanto o contribuinte quanto o(s) responsável(eis), e que, à luz do art. 142 do mesmo diploma legal, a correta identificação do sujeito passivo é requisito indispensável do lançamento. Em assim sendo, ao deixar de apreciar alegação de ilegalidades nessa matéria, a decisão recorrida padece de vício de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, com fundamento no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Assim tem decidido este Primeiro Conselho de Contribuintes:

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO - REAPRECIÇÃO DE RECURSO - NULIDADE DA DECISÃO DE 1º GRAU - Verificada a ausência de análise de preliminar argüida pelo sujeito passivo, no julgamento anterior, é de se apreciar a parte do litígio não enfrentada pelo Colegiado. A ausência de apreciação, pelo órgão julgador a quo, de todos os argumentos apresentados na fase impugnatória, constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972. Decisão de 1º grau anulada. (Ac. 105-14.151, de 07/01/2003, Rel. Cons. Luis Gonzaga Medeiros Nóbrega)

PROCESSO ADMINISTRATIVO – NULIDADE – OMISSÃO DO JULGADOR NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA ALEGADA NA IMPUGNAÇÃO – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA –



Caracteriza-se cerceamento do direito de defesa a falta de análise e pronunciamento pela autoridade julgadora acerca de documentos e argumentações apresentadas na impugnação pelo sujeito passivo, implicando na declaração de nulidade da decisão, com fundamento no art. 59, II, do Decreto 70235/72. Declarada nula a decisão singular. (Ac. 108-05.949, de 12/08/1999, Rel. Cons. José Henrique Longo)

Diante do exposto, voto por ANULAR a decisão de primeira instância, a fim de que seja proferida outra em boa e devida forma, apreciando a legitimidade para constar no pólo passivo do Sr. DEMÓSTENES ALBERNAZ e Sr. DIÓGENES ODORICO CARLOS WOSTIROSCHKI ALBERNAZ. Lembro, ainda, que da decisão deverão ser cientificadas todas as pessoas relacionadas na autuação como integrantes do pólo passivo, a saber, Sr. BERNARDO WOICECOSKI, Sr. DEMÓSTENES ALBERNAZ, Sra. FLORISA VIEIRA SALES e Sr. DIÓGENES ODORICO CARLOS WOSTIROSCHKI ALBERNAZ.

Sala das Sessões, em 29 de maio de 2008.


WALDIR VEIGA ROCHA

