



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13603.001185/2007-15
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.589 – 1ª Turma
Sessão de 08 de maio de 2018
Matéria PRECLUSÃO PROCESSUAL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado REAL ASSESSORIA E RECURSOS HUMANOS LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

PRECLUSÃO PROCESSUAL.

De acordo com o art. 14 do Decreto nº 70.235/1972, "a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento". O sujeito passivo que foi devidamente intimado para o cumprimento da exigência fiscal no momento do lançamento, não pode ingressar no processo apenas na fase de recurso voluntário, sem ter apresentado anteriormente impugnação. Esse é o caso do ex-sócio Ademar de Souza Rodrigues, conforme intimação e AR à fl. 255 (frente e verso). O recurso especial da PGFN deve, portanto, ser provido em relação a esse sujeito passivo. Para ele, fica sem efeito a decisão contida no acórdão recorrido, restabelecendo-se o vínculo da responsabilidade tributária. Já para o caso do ex-sócio Aroldo Carvalho, o recurso especial da PGFN não merece provimento. É que ele não foi devidamente intimado do auto de infração, o que inviabiliza a aplicação da regra de preclusão processual.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento parcial ao recurso, para restabelecer a responsabilidade tributária do ex-sócio Ademar de Souza Rodrigues, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Cristiane Silva Costa; entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º do art. 63 do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF). Ausente, momentaneamente, a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro André Mendes Moura.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial relativamente à preclusão processual.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1301-000.494, de 27/01/2011, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiu, por unanimidade de votos, "dar provimento ao recurso para excluir a responsabilidade dos ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues".

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva abaixo descritas:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS - AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO DE DOLO OU FRAUDE - Os sócios da sociedade de responsabilidade por cotas não respondem objetivamente pela dívida fiscal apurada em período contemporâneo à sua gestão, pelo simples fato da sociedade não recolher a contento o tributo devido, visto que, o não cumprimento da obrigação principal, sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa contribuinte e não 'infração legal' deflagradora da responsabilidade pessoal e direta do sócio da empresa. (Resp 121.021/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 11.09.2000)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, vencido este Conselheiro. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para excluir a responsabilidade dos ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos, relativamente à preclusão processual.

Para o processamento de seu recurso, a PGFN desenvolve os argumentos descritos abaixo:

DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

- os ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues, apesar de intimados, deixaram transcorrer *in albis* o prazo para impugnação, e após, apresentaram recurso voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (MG) que indeferiu a impugnação apresentada pela empresa Real Assessoria e Recursos Humanos LTDA.;

- assim, o acórdão recorrido ao conhecer e dar provimento ao recurso apresentado pelos ex-sócios, divergiu do entendimento adotado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF e pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, conforme as ementas dos acórdãos paradigmas abaixo transcritas:

Acórdão nº 1302-000.526

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ. Exercício: 2004. Ementa: PRECLUSÃO. À luz do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº. 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº. 9.532, de 1997, as matérias que não tenham sido expressamente contestadas, considerar-se-ão não impugnadas. Decorre daí que, não tendo sido objeto de impugnação, carece competência à autoridade de segunda instância para delas tomar conhecimento em sede de recurso voluntário.

Acórdão nº 301-33.679

Assunto: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. Exercício: 1998. Ementa: NORMAS PROCESSUAIS — Recurso Voluntário que deixar de veicular argumentos que guarde correlação lógica com a matéria expendida na decisão recorrida não atende aos requisitos regulamentares de admissibilidade. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA — A intempestividade da impugnação impede que as demais questões de mérito sejam conhecidas pelo órgão judicante "ad quem". RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.

- enquanto o acórdão recorrido conheceu de matéria que não foi objeto de impugnação tempestiva pelos ex-sócios, os paradigmas entenderam pela impossibilidade de conhecimento de matéria que não foi objeto de impugnação tempestiva pelo recorrente, uma vez que não instaurada a fase litigiosa;

- dessa forma, demonstrada a divergência jurisprudencial diante da ementa anexa, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso especial;

DOS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DO R. ACÓRDÃO RECORRIDO.

- vejamos o que dispõe o Decreto nº 70.235 sobre a impugnação e a instauração da fase litigiosa do procedimento administrativo, *verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

- portanto, se não houve impugnação do ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues ou, noutros termos, se a defesa administrativa não foi protocolada tempestivamente, pode-se concluir que não foi instaurada a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal;

- por conseguinte, a matéria objeto de recurso voluntário dos ex-sócios foi atingida pela preclusão, a teor do art. 17 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

- convém esclarecer que não houve instauração de litígio, tendo em vista a inércia dos ex-sócios na apresentação da impugnação no prazo legal previsto no referido Decreto. É dizer, a inexistência da fase litigiosa do procedimento, conforme o art. 14 do referido Decreto e o princípio da preclusão, acarreta o não conhecimento do recurso voluntário, impedindo o pronunciamento do julgador;

- ainda, a apreciação da matéria objeto do recurso voluntário (que não se configura como de ordem pública e que não foi contestada pelos ex-sócio na época própria, qual seja, na fase da impugnação — art. 15 do Decreto n.º 70.235/1972), resulta também em contrariedade ao princípio do efeito devolutivo, vez que não poderia ser apreciada pela autoridade *ad quem*;

- com efeito, *data maxima venia*, é patente o equívoco na análise do requisito de admissibilidade recursal, consolidado no não reconhecimento da preclusão processual em razão da ausência de impugnação tempestiva;

- nesse sentido é a jurisprudência deste Conselho Administrativo, *verbis*: [...];

- assim, pode-se concluir que o acórdão recorrido não poderia ter apreciado o recurso dos ex-sócios em razão de não ter sido instaurada a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72, plenamente aplicável no caso concreto, pois, de acordo com este diploma, o lançamento em relação a estes deveria ser considerado como definitivo na seara administrativa, em virtude da ausência de impugnação tempestiva;

- nesse sentido, tendo em mira o princípio da legalidade estrita que vincula o administrador, bem como o princípio do devido processo legal, impõe-se a correção das distorções processuais verificadas, decretando-se a nulidade de todos os atos processuais posteriores praticados sem atentar para a inexistência de apresentação tempestiva de impugnação pelos ex-sócios, inclusive o acórdão ora atacado;

- com efeito, é pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que os pressupostos de validade e regular prosseguimento do feito encerram matéria de ordem

pública, com possibilidade de apreciação *ex officio* e a qualquer tempo da demanda, cabendo ao julgador, por ordem ao feito, de imediato;

- face o exposto, resta evidente a não instauração da fase litigiosa em relação aos ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues, impondo-se a reforma do acórdão recorrido e o restabelecimento da decisão de primeira instância;

- ante o exposto, requer a União (Fazenda Nacional) que:

(a) seja conhecido o presente recurso, face à observância aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

(b) seja acatado o pedido, proclamando-se a nulidade do acórdão recorrido que conheceu e deu provimento ao recurso dos ex-sócios sem atentar para a inexistência de impugnação tempestiva. Como decorrência, que seja mantido o lançamento em relação aos ex-sócios Aroldo Carvalho e Ademir Rodrigues, diante da definitividade da exigência tributária na seara administrativa, já que não instaurada a fase litigiosa.

Quando do **exame de admissibilidade do Recurso Especial da PGFN**, o Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho nº 073/2012, de 10/04/2012, deu seguimento ao recurso especial, fundamentando essa decisão na seguinte análise sobre a divergência suscitada:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

O relatório que integra o acórdão recorrido descreve:

“(…)

Registraram os autuantes que, pelo fato de as infrações terem se originado da falta de apresentação dos livros contábeis, os quais a empresa estava obrigada a escriturar e manter em boa guarda, ficou constatado que os senhores Aroldo de Carvalho e Ademir de Souza Rodrigues, sócios da empresa a época dos fatos geradores, são também responsáveis pelo crédito tributário, nos termos dos artigos 124, inciso I e 135, incisos I e III, do Código Tributário Nacional.

A pessoa jurídica, por seus sócios Ivan Pereira Oliveira e Simão da Cunha Pereira, apresentou impugnação tempestiva, postada pelos correios,(…)

(…)

Conforme consta às fls. 279, além da intimação encaminhada à Pessoa Jurídica, devolvida sem ser recebida (fl. 278), também lhe foram encaminhadas intimações aos cuidados dos sócios e ex-sócios, tendo sido recebida em 10 de fevereiro a encaminhada ao Sr. Ivan Ferreira de Oliveira, em 09 de fevereiro a encaminhada a Aroldo de Carvalho e em 10 de fevereiro a encaminhada a Adhemar de Souza Rodrigues.

Os ex-sócios Aroldo Carvalho e Adhemar Rodrigues ingressaram com recurso em 11 de março de 2009.

(...)"(grifei)

Por sua vez, a análise do voto proferido pelo relator do mesmo acórdão recorrido revela que o recurso voluntário apresentado pelos mencionados ex-sócios foi conhecido nos seguintes termos:

"O inciso LV do art. 5º da Constituição assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por seu turno, a Lei nº 9.784, de 1999, que regula o Processo Administrativo Federal, dispõe:

Art. 58 Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

Observados esses dispositivos, e sendo tempestivo, conheço do recurso.

A única matéria em exame é a responsabilização dos ex-sócios da empresa, (...)"

Ou seja, o voto proferido pelo relator do acórdão recorrido conheceu o recurso voluntário interposto pelos ex-sócios e firmou entendimento acerca de matéria atinente à responsabilização dos ex-sócios, sem que estes tenham apresentado impugnação específica e dirigida ao órgão julgador de primeira instância.

Contrariando tal procedimento, porém, os acórdãos paradigmas apresentados pela recorrente expõem entendimento no sentido de que, não tendo sido objeto de impugnação, carece competência à autoridade de segunda instância para tomar conhecimento de matéria contestada somente em sede de recurso voluntário.

Ante ao exposto, o acórdão apresentado pela PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL, ao meu ver, cumpre a exigência de demonstrar, fundamentadamente, a divergência de interpretação de lei tributária entre Câmaras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Em 10/07/2012, o responsável Ademar de Souza Rodrigues foi intimado do Acórdão nº 1301-000.494, do recurso especial da PGFN, e do despacho que deu seguimento a esse recurso, e em 25/07/2012, ele apresentou tempestivamente contrarrazões ao recurso, com os argumentos descritos a seguir:

- é de se alertar, primeiramente, que a alegação de inobservância do conteúdo expresso no recurso apresentado pelo ora recorrido, face à preclusão supostamente extraída do artigo 17 do Decreto 70.235/72, fere patentemente o princípio da ampla defesa e contraditório, estatuído no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, haja vista que tolhe ao cidadão a

possibilidade de carrear à Administração Pública elementos que busquem a verdade real - na esteira do princípio do processo administrativo da verdade material -, comprometendo a cognição que se busca na autuação do processo administrativo;

- é que o recorrido apresentara recurso do qual a 3ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, dera provimento, exarando o reconhecimento da não responsabilidade solidária no caso em tela, bem como a não responsabilidade pessoal do recorrido, vez que não restou comprovada nenhuma situação prevista em Lei que justifique a responsabilização;

- nessa esteira, passa-se a discutir as hipóteses de incidência da norma que responsabilizariam o recorrido, mas que não responsabilizarão, consoante reconhecerão os Conselheiros;

- sabe-se que o Código Civil disciplina que a Responsabilidade Solidária não se presume, decorre de convenção das partes ou de mandamento de Lei, cf. art. 265. A rigor, o CTN prevê a instituição de responsabilidade solidária no artigo 134, inciso VII, a saber:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII— Os sócios, no caso de liquidação da sociedade de pessoas.

- no caso em voga, verifica-se que não é o caso de aplicação do dispositivo, haja vista que não houve a liquidação da sociedade de pessoas, mormente pelo status ATIVO que consta na situação cadastral da empresa Real Assessoria e Recursos Humanos Ltda., no sítio da Receita Federal, cf. documento em anexo;

- ainda assim, se se considerar que a empresa está sendo liquidada, a conduta não poderia ser imputada ao recorrido, tendo em vista que não é mais sócio e, lá em 2003, quando ainda era sócio, a empresa não dera início ao processo de liquidação, razão pela qual é TRANSPARENTE que a norma supracitada não é aplicável ao caso em tela;

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

- a teor desse dispositivo, de custosa aplicação e interpretação, o recorrido não mais possui interesse comum por não mais integrar o quadro societário da empresa. No ano de 2003, quando integrava, possuía interesse comum, mas contribuiu devidamente, bastando acessar os Livros de Escrituração da Empresa Real Assessoria e Recursos Humanos Ltda. Como não 'tem interesse comum', não há que se aplicar a Lei por prescindir do silogismo que atribuiria responsabilização;

- a outro giro, não incide igualmente aquela regra - contida no artigo 135, inciso III, do CTN:

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;

(...)

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

- ocorre que não há sequer indícios de que o recorrido tenha agido contrariamente à Lei ou com excesso de poderes, consoante o compreendido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Deveras, se o caso *in verbis* importa em infração à Legislação Tributária, esta não pode ser imputada às pessoas físicas integrantes, mas à própria Pessoa Jurídica que inobservou o mandamento fiscal. Dessa feita, óbvio que a responsabilidade pelo suposto recolhimento a menor dos tributos não deve ser imputada ao recorrido, mas à Pessoa Jurídica não adimplente de seus compromissos, Real Assessoria e Recursos Humanos LTDA.;

- nem se cogite da ideia proposta pela Ilustre Procuradora da Fazenda Nacional, alusiva à preclusão ao direito de se defender, vez que a despeito de não se ter apresentado impugnação tempestiva, a matéria que exime o recorrido da responsabilidade tributária, decorre unicamente de Lei e por conseguinte, não pode ser olvidada pelo Órgão Julgador. Na realidade, foi bem reconhecida pelo Órgão Julgador de Primeira Instância, 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que o caso não comporta responsabilidade do recorrido;

- apresenta, a Procuradoria da Fazenda Nacional o recurso especial, ora rebatido, fundamentando-se na dissonância entre julgados, havendo, de um lado decisões que não permitiriam a discussão da matéria em sede de recurso por prescindir ao recorrente a Impugnação em tempo devido e, de outro, a decisão recorrida, que assimilou o conteúdo do recurso apresentado pelo ora recorrido em Segunda Instância Administrativa, inobstante a não apresentação em tempo da Impugnação;

- a rigor, sem embargo da não apresentação da Impugnação em tempo devido, o ordenamento jurídico Brasileiro não determina a responsabilização do recorrido, mormente em razão do fato de que é a empresa o sujeito passivo da obrigação tributária;

- ademais, em 2003, quando o recorrido de fato era sócio da empresa, o recolhimento dos tributos se deu de maneira devida, contudo, em razão da não apresentação pela Empresa Real Assessoria e Recursos Humanos dos livros de Escrituração, não pode a Administração Pública responsabilizar o recorrido, mormente porque este agiu, naquela época, em consonância com a Lei. Assim, com efeito, a Administração possui a faculdade legal de presumir o lucro, não pode, contudo, presumir a responsabilização do recorrido sob a mesma argumentativa. O recorrido não tem culpa de que os novos sócios não quiseram apresentar ao Fisco a escrituração devida, precipuamente porque as contas estavam nos parâmetros da legalidade;

- o Órgão Colegiado Julgador deverá buscar a verdade material, sob duas facetas. Abarcar todas as situações fáticas averiguadas no processo administrativo: falta de cooperação dos novos sócios da empresa que não apresentaram o Livro de Escrituração, fato de o recorrido não integrar mais o quadro societário da empresa, sujeição passiva da empresa e não de sócio ou ex-sócio. Outrossim, sob o prisma jurídico, atentando-se que no ordenamento, o instituto da responsabilidade não atinge a pessoa do recorrido, tendo em vista que não há norma que lhe impute essa responsabilidade;

- a aplicação do contraditório e da ampla defesa faculta ao cidadão a possibilidade de reagir em todas as situações que quicá lhe sejam desfavoráveis, e o recorrido se manifesta inteiramente nessa linha, apresentando aos Ilustres Conselheiros tudo o que lhe cabe elucidar, a respeito do dever que têm de buscar a finalidade do dispositivo constitucional que trata do contraditório, considerando-se toda a matéria de defesa exposta nesta petição, precipuamente por se tratar de matéria que carreará aos autos do processo administrativo a verdade real, não havendo causas que precipiem a responsabilização do recorrido;

- o recorrido é extremamente prejudicado em razão de os novos sócios da empresa não terem carreado ao Fisco Federal os livros de Escrituração, que são as provas hábeis a ensejar a não responsabilização do recorrido, por demonstrarem a normalidade e legalidade nas atividades da empresa na época em que o recorrido integrava o quadro societário. Assim, tendo em vista que o recorrido não mais faz parte da empresa, não possui acesso aos Livros de Escrituração e fica até comprometida a manifestação do seu contraditório;

- destarte, se resume o direito do recorrido: pelo contraditório e ampla defesa, manifesta-se oportunamente na medida em que traz aos autos elementos de informação necessários ao alcance da verdade real, certamente buscada pelos Conselheiros; Outrossim, em razão de não haver na lei qualquer dispositivo que imponha ao recorrido a responsabilização que na verdade é da pessoa jurídica;

- isto posto, requer a essa Câmara Superior de Recursos fiscais que negue provimento ao recurso especial apresentado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com o fim de manter a decisão rebatida, eis que compreende a estrita legalidade e os princípios rudimentares do direito e mormente por não haver razões para responsabilização do recorrido.

O responsável Aroldo Carvalho também foi intimado do Acórdão nº 1301-000.494, do recurso especial da PGFN, e do despacho que deu seguimento a esse recurso. Essa intimação se deu por meio do Edital nº 51/2012, em 28/08/2012 (fls. 350). Nesse caso, não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Conheço do recurso, pois este preenche os requisitos de admissibilidade.

O presente processo tem por objeto lançamento a título de IRPJ e CSLL sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2003.

O relatório constante do acórdão recorrido apresenta informações sobre o procedimento fiscal e as razões da autuação fiscal:

Em atendimento ao Termo de Início de Fiscalização, o contribuinte apresentou o Livro de Registro de Serviços Prestados, planilhas de memória de cálculo da COFINS e do PIS, cópia autenticada do contrato social e suas 14 alterações e cópia dos recibos da DCTF do ano base de 2003, pedindo prorrogação para apresentar os demais documentos, o que foi deferido.

No curso da fiscalização, ante o persistente não atendimento às intimações, foi reiterada intimação por via postal, inclusive para os sócios e ex-sócios.

Foram recepcionadas as intimações pelos sócios Ivan Ferreira de Oliveira, Simão da Cunha Pereira e Ademar de Souza Rodrigues (ex-sócio), sendo que as correspondências para o sócio Aroldo de Carvalho (ex-sócio) e para a empresa Real Assessoria e Recursos Humanos Ltda. foram devolvidas pelo correio com a informação "Mudou-se" fls. 32/33. A empresa foi, então, intimada por edital.

Em 31 de maio de 2007, foi lavrado o Termo de Constatação de fls. 251, registrando a ausência do contribuinte Real Assessoria e Recursos Humanos Ltda. no endereço informado à Secretaria da Receita Federal do Brasil, assinalando que, por informações dos vizinhos, a empresa teria encerrado suas atividades.

Uma vez que, notificado a apresentar os livros e documento da sua escrituração, deixou de apresentá-los, o contribuinte teve seu lucro arbitrado com base na receita bruta conhecida, levantada pelo somatório das notas fiscais e/ou planilhas apresentadas pela pessoa jurídica, e com base nele fora lavrados os autos de infração de IRPJ e CSLL.

Registraram os autuantes que, pelo fato de as infrações terem se originado da falta de apresentação dos livros contábeis, os quais a empresa estava obrigada a escriturar e manter em boa guarda, ficou constatado que os senhores Aroldo de Carvalho e Ademar de Souza Rodrigues, sócios da empresa à época dos fatos geradores, são também responsáveis pelo crédito tributário, nos termos dos artigos 124, inciso I e 135, incisos I e III, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que remanesce nessa fase de recurso especial diz respeito especificamente ao afastamento (pelo acórdão recorrido) da responsabilidade tributária de Aroldo Carvalho e Ademar de Souza Rodrigues, que eram sócios da empresa à época dos fatos geradores.

Em seu recurso, a PGFN não questiona as razões de mérito para o afastamento desse vínculo de responsabilidade. O que ela alega, em síntese, é que os referidos responsáveis não apresentaram impugnação; que eles só se manifestaram na fase de recurso voluntário, quando já teria havido a preclusão processual; que o acórdão recorrido não poderia ter apreciado o recurso voluntário dos ex-sócios em razão de não ter sido instaurada a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal; e que o lançamento em relação a estes deveria ser considerado como definitivo na seara administrativa, em virtude da ausência de impugnação tempestiva.

Um dos responsáveis (Ademar de Souza Rodrigues) apresentou contrarrazões, invocando o princípio da ampla defesa e do contraditório, e defendendo o seu direito de poder carrear à Administração Pública elementos de informação necessários ao alcance da verdade material, que configura um princípio específico do processo administrativo. As mesmas contrarrazões trazem ainda argumentação de mérito, no sentido de que não caberia a responsabilização tributária.

A preclusão não é tema simples no processo administrativo fiscal (PAF).

Ao mesmo tempo em que há regras de preclusão, como as citadas pela PGFN em seu recurso especial, e que buscam impulsionar o processo para frente, há aspectos importantes que inspiram o PAF, e que em determinadas situações justificam abrandamento na aplicação das regras preclusivas.

Entre outros, cito: a busca da verdade material; a prevalência do princípio inquisitorial; e o cumprimento da finalidade de controle da legalidade do ato administrativo, que normalmente produz uma ampliação no rol das questões que devem ser consideradas como de ordem pública, quando se compara com o processo civil (regido pelo princípio dispositivo).

Nesse passo, registro que a correta identificação do sujeito passivo configura elemento fundamental na atividade de lançamento, conforme o art. 142 do CTN. Mas, por outro lado, nenhum sujeito passivo que foi devidamente intimado para o cumprimento da exigência fiscal no momento do lançamento, pode ingressar no processo apenas na fase de recurso voluntário, sem ter apresentado anteriormente impugnação.

De acordo com o art. 14 do Decreto nº 70.235/1972, "a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento".

Não menciono aqui a adição de novo argumento no conteúdo do direito de defesa que vinha sendo regularmente exercido (sujeito passivo que vinha se defendendo regularmente no processo, e que suscita em momento posterior uma preliminar de ilegitimidade passiva). O que está em questão é a possibilidade de apreciação de recurso voluntário apresentado por sujeito passivo que não tinha impugnado o lançamento no momento oportuno.

O relatório contido no acórdão recorrido também informa:

- que a pessoa jurídica, por seus atuais sócios Ivan Pereira Oliveira e Simão da Cunha Pereira, apresentou impugnação tempestiva, contestando a apuração do tributo e também a imputação da responsabilidade tributária, e que a Delegacia de Julgamento manteve o tributo e a responsabilidade;

- que além da intimação encaminhada à Pessoa Jurídica (para ciência da decisão da DRJ), devolvida sem ser recebida (fl. 278), também foram encaminhadas intimações aos cuidados dos sócios e ex-sócios, tendo sido recebida em 10 de fevereiro a encaminhada ao Sr. Ivan Ferreira de Oliveira, em 09 de fevereiro a encaminhada a Aroldo de Carvalho, e em 10 de fevereiro a encaminhada a Ademar de Souza Rodrigues; e

- que os ex-sócios Aroldo Carvalho e Ademar de Souza Rodrigues ingressaram com recurso voluntário em 11 de março de 2009.

Foi a apreciação deste recurso voluntário dos ex-sócios que levou o acórdão recorrido a afastar a responsabilidade a eles imputada.

Os sócios da empresa à época dos fatos geradores, ou seja, os ex-sócios Aroldo Carvalho e Ademar de Souza Rodrigues, para os quais foi imputada a responsabilidade tributária, não poderiam ter ingressado no processo apenas na fase de recurso voluntário.

Entretanto, compulsando os autos, constato que não está caracterizada a devida ciência do lançamento para o ex-sócio Aroldo Carvalho.

Em relação a esse sujeito passivo, apenas há nos autos uma cópia da intimação para a ciência do auto de infração, desacompanhada do correspondente aviso de recebimento da correspondência - AR (fl. 256). Na referida folha do processo, consta a seguinte anotação: "observação: AR foi devolvido (ciência por Edital)". Contudo, não há nos autos nenhum edital para ciência ficta de Aroldo Carvalho em relação ao auto de infração.

Conforme já mencionado anteriormente, nenhum sujeito passivo que foi devidamente intimado para o cumprimento da exigência fiscal no momento do lançamento, pode ingressar no processo apenas na fase de recurso voluntário, sem ter apresentado anteriormente impugnação.

Esse é o caso do ex-sócio Ademar de Souza Rodrigues, conforme intimação e AR à fl. 255 (frente e verso). O recurso especial da PGFN deve, portanto, ser provido em relação a esse sujeito passivo. Para ele, fica sem efeito a decisão contida no acórdão recorrido, restabelecendo-se o vínculo da responsabilidade tributária.

Já para o caso do ex-sócio Aroldo Carvalho, o recurso especial da PGFN não merece provimento. É que ele não foi devidamente intimado do auto de infração, o que inviabiliza a aplicação da regra de preclusão processual.

Desse modo, voto no sentido de DAR provimento PARCIAL ao recurso especial da PGFN, para fins de restabelecer a responsabilidade tributária do ex-sócio Ademar de Souza Rodrigues.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo

Processo nº 13603.001185/2007-15
Acórdão n.º **9101-003.589**

CSRF-T1
Fl. 14
