



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

Processo nº 15586.000277/2006-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102- 00.471 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de junho de 2011
Matéria NULIDADE DECISÃO
Recorrente TAMEX MERCANTIL LTDA
Recorrida 3ª.TURMA DRJ RIO DE JANEIRO/RJ

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.

Apresenta vício de nulidade o julgado proferido com preterição ao direito de defesa, caracterizado pela ausência de análise da impugnação regularmente apresentada pelo responsável tributário identificado pela autoridade fiscal no ato de constituição do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, ANULAR a decisão da 3ª. Turma da DRJ/RJ para que outra seja proferida em boa e devida forma, vencido o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO –Presidente e Relatora

EDITADO EM: 11 JUL 2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Otavio Opperman Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, Leonardo de Andrade Couto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo(Suplente Convocada) e João Carlos Lima Junior(Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de exigência consubstanciada nos Autos de Infração de fls. 12.772/12.901 (que têm como parte integrante o Termo de Verificação de Infração), para o IRPJ, CSLL, PIS, COFINS. Enquadramento legal nos respectivos termos.

Houve arbitramento do lucro, com base na receita omitida, tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração não o fez. A fiscalização aponta que a Contribuinte, de forma reiterada, omitiu receitas provenientes da venda de café às empresas comerciais, conforme constatado no Termo de Verificação de Infração.

Há atribuição de responsabilidade pessoal e solidária pelo crédito tributário apurado contra a Contribuinte (Tamex Mercantil Ltda.) às pessoas físicas e jurídicas relacionadas à fl. 12.860 e Representação Fiscal para Fins Penais, protocolada através do processo nº.15586.000414/2006-76.

Utilizo o relatório do acórdão guerreado, por bem definir os fatos:

(...)

Foram apresentadas as impugnações de fls. 12.939/16.001.

Primavera Armazéns Gerais Ltda. alega, em síntese, que:

- tem legitimidade para impugnar o lançamento, pois lhe foi conferida responsabilidade pessoal e solidária pelo fato gerador do tributo;
- foi a única empresa que assumiu o uso da conta bancária e alimentou o Fisco com informações, não cabendo sua inclusão no rol dos contribuintes que tentaram ludibriar o Fisco;
- não dispõe de elementos para impugnar o feito, uma vez que nunca teve participação fraudulenta no evento;
- deseja adimplir o lançamento no exato quantum que lhe é cabível;
- ocorreu a decadência em relação aos tributos cujo fato gerador tenha ocorrido antes de dezembro de 2001;
- não pode ser responsabilizada por fato gerador da empresa Tamex;
- o valor que lhe foi imputado supera em muito seu patrimônio, com "claro arranjo ao princípio da capacidade contributiva";
- quanto ao arbitramento, "não coadunou com a lei do silêncio", não podendo sofrer as penalidades.

Requer perícia contábil.

Giucafé Exportação e Importação Ltda. alega, em síntese, que:

- os valores lançados foram alcançados pela decadência – obrigação de 2000 e 2001 e ciência da autuação em 02/01/2007;
- caso não seja deferido o pedido de produção de cópia, o lançamento estará cívado de nulidade pela negativa de ampla defesa;
- não foi provado seu envolvimento no esquema;
- não foi individualizada a prática delitíva e o ônus respectivo;
- a tentativa do Fisco de lhe imputar a responsabilidade tributária é equivocada;
- o depoimento do Sr. Antônio Tadeu Calmon é imprestável;
- o lançamento está calcado na violação de sigilo bancário, sem a adequada autorização judicial, o que gera a sua nulidade, diante da violação de diversos princípios constitucionais, como o da irretroatividade;
- a taxa Selic é inconstitucional.

Tamex Mercantil Ltda. alega, em síntese, que:

- aplicando-se o instituto da decadência, a ação fiscal é nula;
- encontra-se extinta a pretensão de qualquer ação pela prescrição;
- o Auto de Infração ultrapassa as raias do bom entendimento da norma, pois desconhece peculiaridades do mercado local e da comercialização de produtos agrícolas no Espírito Santo;
- quando se trata de conta bancária, deve-se expurgar todos os valores a título de empréstimos, juros, taxas, etc.;
- “sempre atendeu as determinações da Receita e jamais agiu com dolo”, não cabendo a multa de 150%;
- lucro é débito menos crédito, que, em caso de café, não chega a 1%;
- “se a contabilidade foi utilizada para cálculo e não apenas a movimentação financeira, não houve sonegação, nem tampouco base jurídica para aplicar o arbitramento”;
- deve prevalecer a tributação pelo lucro real;
- a mora há que ser limitada em 20%. Requer perícia e a produção de todas as provas em direito admitidas.

Josildo Schwambach Machado alega, em síntese, que:

- por ter sido identificado como sujeito passivo, na condição de responsável tributário, tem legitimidade para impugnar o lançamento;

- os elementos que lhe foram enviados (Termo de Verificação de Infração, Autos de Infração e Termo de Encerramento da Ação Fiscal) não satisfazem às exigências do Decreto nº 70.235/1972;

- ocorreu a decadência, na forma do art. 150, § 4º, do CTN;

- não é cabível a responsabilidade tributária que lhe foi imputada.

Requer a realização de diligência.

Sérgio Valani alega, em síntese, que:

- tem legitimidade para impugnar o lançamento;

- é sócio da Primavera Armazéns Gerais Ltda., única empresa que assumiu o uso da conta bancária e alimentou o Fisco com informações, não cabendo sua inclusão no rol dos contribuintes que tentaram ludibriar o Fisco;

- não dispõe de elementos para impugnar o feito, uma vez que nunca teve participação fraudulenta no evento;

- deseja adimplir o lançamento no exato quantum que lhe é cabível;

- ocorreu a decadência em relação aos tributos cujo fato gerador tenha ocorrido antes de dezembro de 2001;

- não pode ser responsabilizado por fato gerador da empresa Tamex;

- o valor que lhe foi imputado supera em muito seu patrimônio, com "claro arranho ao princípio da capacidade contributiva";

- quanto ao arbitramento, "não coadunou com a lei do silêncio", não podendo sofrer as penalidades.

Requer perícia contábil.

Wanderley Stuhr alega, em síntese, que:

- tem legitimidade para impugnar o lançamento;

- ocorreu a decadência em relação aos tributos cujo fato gerador tenha ocorrido antes de dezembro de 2001;

- não pode ser responsabilizado por fato gerador da empresa Tamex;

- o valor que lhe foi imputado supera em muito seu patrimônio, com "claro arranho ao princípio da capacidade contributiva";

- quanto ao arbitramento, não coadunou com o esquema narrado pela fiscalização, não podendo sofrer as penalidades.

Requer perícia contábil.

Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda. alega, em síntese, que:



- deve ser deferido o pedido de produção de cópia, ou o lançamento estará eivado de nulidade pela negativa de ampla defesa;
- os valores lançados foram alcançados pela decadência – obrigação de 2000 e 2001 e ciência da autuação em 20/12/2006;
- não foi provado seu envolvimento no esquema;
- não foi individualizada a prática delitiva e o ônus respectivo;
- a tentativa do Fisco de lhe imputar a responsabilidade tributária é equivocada;
- o depoimento do Sr. Antônio Tadeu Calmon é imprestável, devido a seu interesse pessoal no deslinde do processo;
- o lançamento está calcado na violação de sigilo bancário, sem a adequada autorização judicial, o que gera a sua nulidade, diante da violação de diversos princípios constitucionais, como o da irretroatividade;
- a taxa Selic é inconstitucional.

Nicchio Sobrinho Café S/A alega, em síntese, que:

- é nulo o lançamento, posto que as provas foram obtidas com violação à Constituição;
- a fiscalização se baseou em depoimentos pessoais;
- não foi provada sua responsabilidade;
- a exigência foi atingida pela decadência;
- a multa qualificada é indevida.

Silvino Faria Júnior alega, em síntese, que não é nem nunca foi sócio de fato da Tamex e que não há prova documental que o vincule à Tamex.

Márcio Alexandre Sarnaglia alega, em síntese, que:

- seu enquadramento como responsável tributário não tem solidez;
- parcela substancial do crédito tributário foi atingida pela decadência;
- a própria Receita Federal já reconheceu sua atuação como corretor (intermediador) de café;
- simplesmente manjava a conta bancária da Tamex para realizar os pagamentos de cafés adquiridos pela empresa frente a produtores rurais;
- sua responsabilidade tributária deve ser limitada ao crédito tributário apurado exclusivamente pela conta corrente que movimentava.

Requer a produção de todas as provas em direito admitidas.

José Antônio Binda alega, em síntese, que:

- seu enquadramento como responsável tributário não tem solidez;
- parcela substancial do crédito tributário foi atingida pela decadência;
- a própria Receita Federal já reconheceu sua atuação como corretor (intermediador) de café;
- simplesmente manejava a conta bancária da Tamex para realizar os pagamentos de cafés adquiridos pela empresa frente a produtores rurais;
- opera-se um bis in idem, posto que os cheques depositados em sua conta-corrente foram tributados pelo IRPF;
- sua responsabilidade tributária deve ser limitada ao crédito tributário apurado exclusivamente pela conta corrente que movimentava.

Requer a produção de todas as provas em direito admitidas.

Itacocal Armazéns Gerais Ltda. alega, em síntese, que:

- seu enquadramento como responsável tributário não tem solidez;
- parcela substancial do crédito tributário foi atingida pela decadência.

Requer a produção de todas as provas em direito admitidas.

Zuccon Armazéns Gerais Ltda. e Antenor Peris Zuccon alegam, em síntese, que:

- “os fatos foram solidarizados na sua plenitude, apesar da fiscalização não ter correlacionado nem pontuado as condutas, que deveriam ter sido individualizadas”;
- o fato de ter escriturado as operações com a Tamex é mais do que um indicio de que não participava do “esquema”;
- a imputação de responsabilidade deve se dar de acordo com a lei e com o devido processo legal;
- nada foi descontado da base de cálculo dos demais tributos (PIS, Cofins e CSLL), a fiscalização não considerou as hipóteses de exclusão da base de cálculo previstas na Lei nº 9.718/1998, nem observou que há valores que são repassados a terceiros que correspondem ao custo da operação;
- quando cientificado, já havia ocorrido a decadência;
- não houve conduta sua a justificar a multa de 150%, percentual que, além do mais, representa confisco.

Sobrevém o acórdão 12-15.343, de 09/08/2007, fls.16.007/16.017, que julga procedente o lançamento, cuja ementa a seguir se reproduz:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2000, 2001 NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com o que preceituam os artigos 142, do CTN, e 10 e 59, do PAF.

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ARBITRAMENTO.

A não apresentação de livros e documentos durante o procedimento fiscal justifica o arbitramento do lucro.

OMISSÃO DE RECEITAS DE VENDAS.

Diante de receitas de vendas não oferecidas à tributação, é devido lançamento.

MULTA QUALIFICADA.

Justifica-se a aplicação da multa qualificada quando o contribuinte, de forma reiterada, omite receitas de venda.

JUROS. TAXA SELIC.

É procedente a exigência de juros de mora com base na taxa SELIC, por expressa determinação legal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A indicação dos responsáveis no processo de lançamento do crédito tributário tem por objetivo garantir a ampla defesa. Cabe à DRJ julgar, apenas, o lançamento que constituiu o crédito tributário.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições Ano-calendário: 2000, 2001 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. CSLL. COFINS.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Expedido o acórdão para ciência da Contribuinte, via AR, conforme fls.16028, vol.82, devolvido em 10/09/2007, com a informação de “mudou-se”.

Em 20/11/2007, às fls.16.052/16.146(vol.82/83), é interposto por **Zucon Armazéns Gerais Ltda**, CNPJ 27.322.940/0001-53, **Antenor Peres Zucon** CPF/MF sob o numero 796.081.677-87, recurso voluntário onde, em síntese, apresentam os mesmos

argumentos expendidos em sede de impugnação. Acrescentam a preliminar de nulidade da decisão por falta de análise do termos de sujeição passiva, tempestivamente impugnados.

Às fls. 16.157/16199, em 22/11/2007, **Giucafé Exportação e Importação Ltda.** apresenta recurso voluntário iniciando argüindo a preliminar de nulidade do acórdão por cerceamento do seu direito de defesa porque não foi conhecida sua impugnação e repete os demais argumentos ali expendidos, para, ao final pedir:

Resume os pedidos na seguinte ordem:

*I. Preliminarmente: 1. a anulação da decisão diante da não análise dos argumentos da impugnação, o que inviabilizou a ampla defesa; 2. a declaração de nulidade do lançamento e dos atos subsequentes, devido a impossibilitação da ampla defesa tendo em vis a: 1) não foi individualizada a conduta e o ônus tributário respectivo e não foi utilizada uma adequada base legal para a imputação de responsabilidade a pessoa jurídica recorrente. 3. devido à ilicitude de diversas provas, como aquelas auferidas com a quebra administrativa do sigilo bancário, que seja declarado nulo o lançamento; 4. que sejam considerados imprestáveis todos os depoimentos (esclarecimentos) do Sr. Antonio Tadeu Calmon e as provas derivadas, pois possui o depoente interesse na condenação da Recorrente. II. afastamento da exigência devido à **DECADÊNCIA** do direito de lançar os tributos dos anos de 2000 e 2001 (art. 150, §4º e/ou 173, I do CTN), uma vez que tomou ciência do auto de infração em **02.01.2007** (docs. 03/05). III. Por fim, em caso de transposição dos pedidos anteriores, que seja afastada a indevida imposição de responsabilidade tributária da Recorrente, uma vez que não há previsão legal para sua responsabilização pessoal e não foi provada a ocorrência de nenhum fato gerador que a torne sujeito passivo tributário.*

Em 26/11/2007, às fls. 16200/16238, fls. 16241/16279 e 16.282/16.308 **Márcio Alexandre Sarnaglia**, **José Antônio Binda** e **Itacocal Armazéns Gerais Ltda.**, interpõem suas razões recursais requerendo a exclusão de suas responsabilidades neste processo.

Às fls. 16311/16320, em 28/11/2007, anexos de fls. 16321/16352) **Nicchio Sobrinho Café S/A** – apresenta o recurso voluntário em Relação ao IRPJ, dizendo ratificar neste os fundamentos aduzidos na impugnação, além da preliminar de cerceamento do seu direito de defesa, por falta de análise de suas razões impugnatórias.

Informa que realizou interpelação judicial para que os depoimentos que o incriminavam fossem confirmados em juízo. Comunica o andamento dessa medida que obrigaria sua exclusão do feito.

Às fls. 16353/16361, em 28/11/2007, **Nicchio Sobrinho Café S/A** – apresenta o recurso voluntário em Relação a CSLL, (anexos de fls. 16362/16391), oferecendo os mesmos argumentos expendidos em relação ao IRPJ.

Às fls. 16392/16400 em 28/11/2007, **Nicchio Sobrinho Café S/A** – apresenta o recurso voluntário em Relação a COFINS, (anexos de fls. 16401/16430, oferecendo os mesmos argumentos expendidos em relação ao IRPJ.

Às fls.16432/16439 em 28/11/2007, (anexos de fls.16440/16469) **Nicchio Sobrinho Café S/A** – apresenta o recurso voluntário em Relação a PIS, , oferecendo os mesmos argumentos expendidos em relação ao IRPJ.

Às fls. 16470/16481(anexos fls.16485/16494) **Silvino Faria Júnior**, em 30/11/2007, oferece suas razões de recurso reclamando que a fundamentação das exigências apenas se respaldou em declarações prestadas e em atos circunstanciais, inexistindo PROVA DOCUMENTAL que o ligasse tais fatos. Pede sua exclusão do pólo passivo,

Às fls. 16.495/16522 há recurso voluntário interposto por **Josildo Schwambach Machado** onde informa que não possui qualquer vínculo de representação com a TAMEX, mas foi alçado à condição de responsável tributário, nos termos do art. 135, III, do CTN, por ter sido considerado, pelos agentes fiscais, "representante de fato" da referida empresa.Pede sua exclusão do pólo passivo.

Às fls. 16.502/16522(anexos fls.16523/16534) há recurso voluntário interposto por **Wanderley Sthur**, onde inicia com a preliminar de cerceamento do seu direito de defesa, por falta de análise da impugnação, além de repetir todos os argumentos expendidos na peça inicial.

Às fls. 16535/537 **Nicchio Sobrinho Café S/A** pede a juntada de adendo-justificativa, onde pede seja incorporada a peça de fls.16328/16522, que trata do resultado da interpelação judicial que noticiou em suas razões de recurso.

Em seguida a autoridade preparadora consolida os responsáveis solidários através do termo:"INFORMAÇÕES SOBRE CIÊNCIA DO LANÇAMENTO, IMPUGNAÇÃO E RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE"(fls.16.560/16.564) , além de produzir as seguintes informações:

(...)

NÃO HÁ NOS AUTOS A CONFIRMAÇÃO DA CIÊNCIA DO ACÓRDÃO Nº 12-15.343 DA DRJ/RJO I AOS INTERESSADOS (TAMEX MERCANTIL E RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS), EXCETO A DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO: Sr. SILVINO FARIA JÚNIOR, CPF: 769.418.687-91, ATRAVÉS DE PROCURAÇÃO DE FLS.16.050/16.051).

A CORRESPONDÊNCIA ENVIDA AO CONTRIBUINTE (TAMEX MERCANTIL LTDA) CONTENDO O ACÓRDÃO ACIMA CITADO, FOI DEVOLVIDA PELOS CORREIOS COM A INFORMAÇÃO: —NUDOU-SE" (VER FLS. 16.028)

NÃO HÁ NOS AUTOS RECURSO VOLUNTÁRIO EM NOME DE:

- PRIMAVERA ARMAZENS GERAIS LTDA (CNPJ: 04.387.272/0001-47)*
- TAMEX MERCANTIL LTDA (CNPJ: 02.414.629/0001-03)*
- SÉRGIO VALANI (CPF: 031.557.507-74)*
- CUSTÓDIO FORZZA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTD*

Às fls. 16.578/16593 há recurso da **(5)TAMEX MERCANTIL LTDA**, onde inicia argüindo a preliminar de decadência porque o lançamento se refere aos fatos geradores ocorridos durante os exercícios de 2000 e 2001, cujos prazos de decadência têm seu termo inicial nos dias 01/01/2001 e 01/01/2002, concretizando-se nos dias 31/12/2005 e 31/12/2006, respectivamente.

Às fls. 16.594/16614 há recurso da **Primavera Armazéns Gerais** onde inicia argüindo a preliminar de cerceamento do seu direito de defesa, por falta de conhecimento pela autoridade recorrida, das razões impugnatórias oferecidas.

Às fls. 16.615/16634, há recurso de **Sergio Valani** onde inicia argüindo a preliminar de cerceamento do seu direito de defesa, por falta de conhecimento das razões impugnatórias oferecidas.

Às fls. 16635/16679, **Custódio Forza Comércio e Exportação Ltda** oferece suas razões recursais, na mesma linha dos anteriormente relatados.

Às fls. 16.680/16.723, **Giucafé Importação e Exportação LTDA** oferece suas razões recursais, que podem ser sintetizadas nos seguintes tópicos, (já descritos em relação aos outros recorrentes):

Às fls.16.724/16.725, anexos 16.727/16.738 há requerimento dos procuradores Caetano e Carvalho Advogados Associados, reclamando da intimação que lhes foi endereçada, em desconformidade com a norma contida no artigo 23 do Decreto 70235/1972.

Às fls.16741 Giucafé Importação e Exportação Ltda. aponta seu endereço para intimação.

Este é o relatório.

Voto

Trata-se de exigência de crédito tributário apurado contra a TAMEX MERCANTIL LTDA. A fiscalização atribuiu responsabilidade pessoal e solidária pelo crédito tributário apurado contra o interessado às pessoas físicas e jurídicas relacionadas à fl. 12.860.

Contudo, na análise de admissibilidade do recurso percebo uma prejudicial que impede o conhecimento daqueles interpostos, tendo em vista que a decisão de primeiro grau deixou de conhecer as impugnações oferecidas pelos responsáveis chamados ao processo, por solidariedade.

Porque a autoridade julgadora a quo simplesmente ignorou as peças de defesa apresentadas pelos impugnantes, conforme expressamente consta do relatório e voto condutor do aresto recorrido, em notório cerceamento do direito de defesa e sem obediência ao devido processo legal:

Foram apresentadas as impugnações de fls. 12.939/16.001.dos seguintes interessados:“Primavera Armazéns Gerais Ltda., Giucafé Exportação e Importação Ltda., Tamex Mercantil Ltda., Josildo Schwambach Machado, Sérgio Valan, Wanderley Stuhr, Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda, Nicchio Sobrinho Café S/A, Silvino Faria Júnior, Márcio Alexandre Sarnaglia, José Antônio Binda, Itacocal Armazéns Gerais Ltda, Zuccon Armazéns Gerais Ltda. e Antenor Peris Zuccon”

A decisão combatida acolhe as impugnações, por serem tempestivas (conforme despacho à fl. 16.003), e, na análise da lide assim se manifesta:

(...)

De início observo que o Auto de Infração foi lavrado contra a Pessoa Jurídica. A fiscalização, no entanto, ao efetuar o lançamento do crédito tributário, deve indicar os responsáveis tributários e dar ciência do lançamento a todos, para não haver cerceamento do direito de defesa, uma vez que, na execução do crédito tributário, pode haver redirecionamento da cobrança. Porém, à DRJ cabe julgar, apenas, o lançamento que constituiu o crédito tributário.

Deste modo, neste Voto não cabe manifestação a respeito da imputação de responsabilidade pessoal e solidária pelo crédito tributário apurado contra o interessado (Tamex Mercantil Ltda.) às pessoas físicas e jurídicas relacionadas à fl. 12.860.(Destaques deste voto).

A matéria que rege a análise da responsabilidade foi objeto de conhecimento desta turma através do acórdão 1102-00.376, 27 de janeiro de 2011, da lavra do i.Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, a quem peço vênia para a transcrição seguinte:

A Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e aplica-se subsidiariamente

às normas do Decreto nº 70.235/72 – PAF, assegura a todos os interessados no processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa, legitimando como interessados no processo administrativo todos aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser tomada (art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.784/99).

É fato que o tema da responsabilidade tributária gera acirrados debates na jurisprudência administrativa, e que os Órgãos do contencioso administrativo (Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil e CARF) ainda não assentaram um entendimento firme no sentido de que se deva ou não oportunizar o contencioso para fins de discussão da imputação da responsabilidade a terceiros.

Entretanto, ainda que o entendimento da autoridade julgadora a quo fosse o de que ela não tivesse esta competência, deve-se observar que o recurso interposto pelo Sr. Edyr não se limita apenas à imputação de responsabilidade, mas abrange também outros argumentos atinentes ao lançamento.

Assim, apenas por este motivo, e com base no art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.784/99, já haveria razão suficiente para declarar a nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa.

Porém, registro também que não comungo do entendimento de que a responsabilidade tributária não possa ser apreciada pelas instâncias julgadoras administrativas.

Diz o art. 142 do CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Portanto, entre outros fatores, incumbe à autoridade administrativa identificar o sujeito passivo.

Sujeito passivo, na dicção do art. 121 do CTN, é “a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”, e subdivide-se em dois tipos, a teor do seu parágrafo único, verbis:

“Art. 121. (...)Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Por sua vez, o próprio CTN, nos artigos 128 a 137, expressamente elenca diversas hipóteses de atribuição de

responsabilidade tributária. A mais abalizada doutrina, com espeque nos ensinamentos de Rubens Gomes de Souza, autor do anteprojeto do próprio CTN, tem entendido que a responsabilidade tratada nestes artigos se caracteriza como "sujeição passiva indireta derivada ou por transferência", ao passo que a responsabilidade tratada no inciso II do parágrafo único do art. 121 seria a "sujeição passiva direta ou originária."

Ou seja, as diversas formas de "responsabilidade tributária" estão sempre situadas dentro do polo passivo da obrigação.

Por sua vez, o artigo 124 do CTN dispõe que:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem."

O referido artigo declara peremptoriamente a possibilidade de multiplicidade de sujeitos passivos no lançamento tributário, sendo ainda de se destacar que, neste caso, alguns podem constar na condição de contribuintes, e outros como responsáveis, conclusão reforçada pela utilização do vocábulo "pessoas" no seu inciso I.

Nesta linha de pensamento, para analisar as repercussões quanto à possibilidade de discussão da responsabilidade tributária na esfera administrativa, à competência da Procuradoria da Fazenda Nacional para promover o redirecionamento da execução fiscal, a decadência e a prescrição, sirvo-me das judiciosas considerações da Conselheira Sandra Faroni, externadas no Acórdão 101-96.145:

"Em caso de se aceitar que a responsabilidade tratada a partir do art. 129 do CTN constitui sujeição passiva indireta, seria de se indagar quanto à obrigatoriedade de referidas pessoas figurarem, desde o momento do lançamento, no pólo passivo, o que teria repercussão na decadência.

A resposta a essa questão, a meu ver, apenas é positiva nas seguintes hipóteses: (a) nos casos tratados no artigo 130 (em que há sub-rogação na pessoa do adquirente do imóvel que deu causa aos créditos); (b) artigo 131, I - (tributos relativos a bens adquiridos ou remidos); (c) nos casos de sucessão em que, no momento da lavratura do auto de infração, o sujeito passivo direto não mais exista (por exemplo, tendo ocorrido fusão); (d) nas hipóteses previstas no art. 137 (responsabilidade por infrações). Nos demais casos, antes de ser exigido dos responsáveis, o cumprimento da obrigação deve ser exigido do sujeito passivo direto, e no caso do art. 135, a atuação com

excesso de poder ou infração a lei, contrato social e estatuto é matéria de defesa, e deve ser alegada pelo sujeito passivo direto, a quem compete a prova.

Nas hipóteses em que não há obrigatoriedade de efetuar o lançamento, desde logo, na pessoa do que se convencionou chamar de sujeito passivo indireto, sua posterior inclusão como co-responsáveis não se submete aos limites da decadência, mas sim da prescrição.

Quanto à inclusão dos co-responsáveis de pólo passivo da execução, duas situações podem ocorrer. A primeira é quando a indicação já consta do Termo de Inscrição da Dívida Ativa, que confere ao co-responsável legitimidade para figurar no pólo passivo da execução, só podendo discutir sua responsabilidade por via de embargos à execução. A segunda é quando, no curso do processo, a PFN pede o redirecionamento ou aditamento da execução. Nesse caso, cabe a ela demonstrar a ocorrência das situações previstas no direito material para configuração da responsabilidade subsidiária para que o juiz defira o redirecionamento ou aditamento.

Em qualquer caso, é de todo aconselhável que as provas das situações que configuram a responsabilidade sejam produzidas no curso da fiscalização. Porque dificilmente, em momento posterior, essa prova poderá ser feita pela PFN. Não só pela distância temporal dos fatos, mas também pela indiscutível superioridade de aparelhamento da fiscalização para execução dessa tarefa.

Assim, em que pese a PFN prescindir de ato formal da fiscalização para incluir os co-responsáveis no Termo de Inscrição da Dívida Ativa, ainda que não lavre qualquer termo de indicação de co-responsabilidade, o fisco deve carrear aos autos todos os elementos a que tenha acesso no curso da investigação, para possibilitar à PFN ajuizar quanto à inclusão das pessoas envolvidas.

Por outro lado, mesmo desobrigada de praticá-lo, se a fiscalização, tendo procedido ao lançamento contra o sujeito passivo direto, lavre termo incluindo formalmente terceiro como co-responsável, deve o indicado ter o direito de discutir administrativamente essa acusação. Trata-se, no caso, de conciliar o interesse arrecadatório da administração com a garantia dos direitos individuais do cidadão, e respeito ao direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Ao receber administrativamente a imputação de co-responsabilidade, deve ser assegurado o sujeito o direito de se defender administrativamente da imputação. (...)”A propósito ainda desta questão, cumpre observar que a Receita Federal do Brasil editou recentemente a Portaria RFB nº 2.284, de 29 de novembro de 2010, especificamente com o propósito de regular os procedimentos a serem adotados, no âmbito da própria RFB, quando da constatação de pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária. Em seu artigo 7º, prevê expressamente que a responsabilidade pode ser matéria de defesa, e que, neste caso, deve ser julgada administrativamente, consoante abaixo se transcreve:

“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.”

(...)

Nos termos das informações sobre ciência do lançamento, impugnação tem-se o seguinte quadro, conforme fls. 16.560/16564(vol.85) acima relatado:

1)TAMEX MERCANTIL LTDA : • Ciência do Auto de Infração, pessoal, em 14/12/06 - fls. 12.861/12.868 • Impugnação, tempestiva, fls.13.202/13.222

2)SILVINO FARIA JÚNIOR (CPF: 769.418.687-91) • Ciência do Auto de Infração - fls. 12.918 Impugnação tempestiva, protocolizada em 15/01/07 - fls. 14.010/14.017.

3)JOSILDO SCHWAMBACH MACHADO (CPF: 466.084.606-78)• Ciência do Auto de Infração N fls.12.919 Impugnação tempestiva, protocolizada em 19/01/07 - fls. 13.233/13.429.

4)JMB CORRETORA DE CAFÉ (CNPJ: 03.451.581/0001-76) Ciência do Auto de Infração às fls. 12.920 • Sem Impugnação

5)THIAGO ABDENOR LOPES (CPF: 077.122.237-85)• Ciência do Auto de Infração às fls. 13.223 • Sem Impugnação

6)MÁRCIO ALEXANDRE SARNÁGLIA (CPF: 008.228.857-78) Ciência do Auto de Infração às fls. 12.921 Impugnação tempestiva, protocolizada em 15/01/07 - fls. 14.018/14.117 (assinada por: César Piantavigna e Romeu Seixas Pinto Neto)

7) JOSÉ ANTONIO BINDA • Ciência do Auto de Infração às fls. 12.922 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 15/01/07 - fls. 14.118/14.194

8) ITACOCAL ARMAZÉNS GERAIS LTDA (CNPJ: 03.230.429/0001-63) • Ciência do Auto de Infração às fls. 12.923 Impugnação tempestiva, protocolizada em 15/01/07 - fls. 14.195/14.222 .

9) SÉRGIO VALANI (CPF: 031.557.507-74) Ciência do Auto de Infração às fls. 12.926 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 19/01/07 - fls. 13.430/13.631

10) PRIMAVERA ARMAZÉNS GERAIS LTDA (CNPJ: 04.387.272/0001-47) • Ciência do Auto de Infração às fls. 12.910 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 12/01/07 - fls. 12.939/13.151

11) ANTENOR PERES ZUCCON (CPF: 796.081.677-87) Ciência do Auto de Infração às fls. 13.225 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 07/02/07 - fls. 14.223/16.001

12) ZUCCON ARMAZÉNS GERAIS LTDA (CNPJ: 27.322.940/0001-53) • Ciência do Auto de Infração às fls. 13.224 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 07/02/07 - fls. 14.223/16.001.

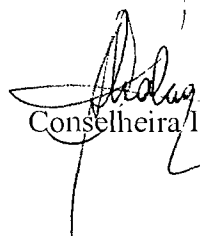
13) WANDERLEY STUHR (CPF: 841.208.867-00) Ciência do Auto de Infração às fls. 13.226 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 22/01/07 - fls. 13.632/13.784

14) GIUCAFÉ EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA (CNPJ: 31.805.823/0001-18) Ciência do Auto de Infração às fls. 13.197 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 30/01/07 - fls. 13.153/13.201 411

15) CUSTÓDIO FORZZA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA • Ciência do Auto de Infração às fls. 12.924 • Impugnação tempestiva, protocolizada em 18/01/07 - fls. 13.785/13.853

16) NICCHIO SOBRINHO CAFÉ S/A (CNPJ: 27.487.131/0001-00) Ciência do Auto de Infração às fls. 12.925 Impugnação sem carimbo de protocolo às fls.' 13.854/14.009

Deste modo, nos termos do artigo 248 do CPC (Lei 5869/1973), voto por declarar nulo o acórdão de 1º. grau, devendo os autos retornarem para que outro seja feito na boa e devida forma, com análise das impugnações tempestivamente interpostas e reconhecidas no próprio acórdão recorrido.


Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relatora