



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

Processo nº 19515.720550/2013-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.815 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2016
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de receitas
Recorrente FRIGORÍFICO MARGEM LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
(sucessora de Margem S/A) e Responsáveis tributários: Total S/A, Mauro
Suaiden e Geraldo Antônio Prearo
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

OMISSÃO. O julgador administrativo não está obrigado a responder todos os argumentos da defesa se já expôs motivo suficiente para fundamentar a sua decisão sobre as matérias em litígio. Todavia, a omissão acerca do exame de argumento apresentado como hábil a isoladamente afastar o vínculo de responsabilidade enseja cerceamento do direito de defesa por supressão de instância e impõe a declaração de nulidade parcial da decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em **ANULAR PARCIALMENTE** a decisão de 1ª instância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente e Relatora

Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (presidente da turma), Alberto Pinto Souza Júnior, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Rogério Aparecido Gil. Ausentes, momentaneamente, as Conselheiras Daniele Souto Rodrigues Amadio e Talita Pimenta Félix.

Relatório

FRIGORÍFICO MARGEM EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (sucessora de Margem S/A) e responsáveis tributários Total S/A, Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, já qualificados nos autos, recorrem de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife/PE que, por maioria de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 03/06/2013, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 46.927.301,43.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação dos impostos e contribuições descritas em cada Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 445 a 466. Os enquadramentos legais encontram-se discriminados nos Autos de Infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas consequências podem ser assim resumidas:

- a empresa Margem S/A foi incorporada pela empresa Frigorífico Margem Ltda, na data de 04/11/2009, razão pela qual este procedimento fiscal se originou na empresa incorporadora. A empresa Frigorífico Margem Ltda encontra-se em processo de recuperação judicial, em decorrência deste plano de recuperação judicial, a empresa Frigorífico Margem Ltda cindiu-se parcialmente, em 17/06/2010, vertendo parte de seu patrimônio para a empresa Total Administrações e Participações S/A, CNPJ 12.184.079/0001-37, hoje denominada Total S/A;

- a ação fiscal foi iniciada com a ciência do Termo de Início do procedimento Fiscal em 24/05/2011, por meio do qual foram solicitados à empresa sucessora Frigorífico Margem Ltda elementos/documentos referentes à empresa incorporada Margem S/A. Pela falta de apresentação de resposta, lavrou-se Termo de Reintimação Fiscal em 15/07/2011. Apesar de intimada e reintimada, a empresa não logrou apresentar nenhum documento/elemento solicitado. Por este fato, a autoridade fiscal encaminhou Termo de Constatação, Ciência e Intimação Fiscal para o endereço de todos os responsáveis pela empresa Margem S/A e de sua sucessora Frigorífico Margem Ltda, conforme listados às fls. 448 e 449. Nas observações do Termo, constou que a não apresentação dos documentos/elementos exigidos pela empresa, acarretaria o arbitramento de seu IRPJ e reflexos;

- em resposta, a empresa Total Participações S/A alegou não possuir os documentos solicitados por não ser responsável pelas obrigações tributárias da empresa Margem S/A. (fls. 450), não anexando nenhum documento, sobretudo referente ao plano de recuperação judicial;

- os intimados Sebastião Douglas Sorge Xavier, Carlos José Rolim de Melo e Mauro Cezar Leschziner afirmaram não serem representantes legais da empresa Margem S/A e não apresentaram documentos, em razão de não pertencerem ao quadro societário da empresa;

- os intimados Frigorífico Margem Ltda, Marcelo Valles Bento, Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo não apresentaram resposta;

- em continuidade ao procedimento fiscal, houve a emissão de outro Termo de Reintimação Fiscal em 21/08/2012 direcionado às pessoas jurídicas e físicas acima citadas, obtendo-se respostas semelhantes às já obtidas;

- a fiscalização emitiu ofícios às Secretarias de Fazenda dos Estados em que a empresa Margen S/A possuía estabelecimentos solicitando informações acerca do movimento de entradas e saídas de insumos/mercadorias/produtos, os quais foram respondidos e serviram de base para os lançamentos desses Autos de Infração. Com base nessas informações, a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos dos valores constantes nas planilhas “Receita de Revendas de Mercadorias e Receita de Venda de Produtos Fabricados” e “Aquisição de Produto Rural”, apurados a partir das Guias de Apuração e Informação do ICMS - GIAs, sob pena de ter o IRPJ e reflexos arbitrados. Não foram apresentados documentos e esclarecimentos solicitados;

- de posse das GIAs, a fiscalização constatou que a empresa Margen S/A apurou receita de vendas de mercadorias e produtos maior que a receita informada na DIPJ/2009. Verificou que o único valor de Receita informado na DIPJ, qual seja, R\$ 20.159.037,11, coincide com o valor informado na DACON do mês de 06/2008. Tanto na DIPJ quanto na DACON, não há valor de tributo a recolher (há prejuízo fiscal de IRPJ, base de cálculo negativa de CSLL e saldo credor de PIS e de COFINS), razão pela qual a empresa não declarou em DCTF valor de tributo a recolher. Dessa forma, a base de cálculo declarada, R\$ 20.159.037,11, foi lançada sem qualificação da multa em outro Auto de Infração;

- em relação aos valores apurados com base nas GIAs que ultrapassaram o montante de R\$ 20.159.037,11, a fiscalização concluiu que a empresa Margen S/A apresentou a DCTF com omissão de receitas. Além disso, a empresa apresentou as DIPJs com informação falsa quanto à data do evento da incorporação (DIPJ original – 31/08/2008 e DIPJ retificadora – 30/09/2008), uma vez que a empresa apresentou as GIAs até o mês 10/2009. Por essas razões, o lançamento neste Auto de Infração foi efetuado com multa qualificada, nos termos do art. 44, § 1º, da lei 9.430/96;

DO LANÇAMENTO DO DÉBITO

- pela falta de apresentação dos documentos/esclarecimentos solicitados até a presente data, principalmente em relação aos livros contábeis (diário e razão), a Autoridade Fiscal arbitrou os valores do IRPJ e reflexos. Para tanto, utilizou-se os valores informados nos CFOPs de venda de mercadorias e produtos, constantes das GIAs, declaradas pela empresa às Fazendas Estaduais, e deduziu-se os valores informados nos CFOPs de devolução de mercadorias e produtos;

- para alcançar o valor da base de cálculo dos tributos aqui lançados, a Autoridade Fiscal preparou a seguinte planilha abaixo:

Período	(A) Mercadorias	(B) Produtos	(C) BC 1	(D) Mercadorias	(E) Produtos	(F) BC 2
jul/08	5.409.595,92	17.363.281,35	22.772.877,27	0,00	301.947,04	301.947,04
ago/08	2.952.741,60	12.440.638,71	15.393.380,31	0,00	0,00	0,00
set/08	6.197.991,26	2.461.303,57	8.659.294,83	0,00	0,00	0,00
3º T/2008	14.560.328,78	32.265.223,63	46.825.552,41	0,00	301.947,04	301.947,04
out/08	0,00	12.675,00	12.675,00	0,00	0,00	0,00
nov/08	838.242,17	128.479,54	966.721,71	0,00	0,00	0,00
dez/08	10.722.014,78	2.081.692,56	12.803.707,34	0,00	604.169,87	604.169,87
4º T/2008	11.560.256,95	2.222.847,10	13.783.104,05	0,00	604.169,87	604.169,87
jan/09	11.065.863,46	2.879.996,52	13.945.859,98	2.152.175,91	360.421,04	2.512.596,95
fev/09	11.069.448,79	3.468.096,31	14.537.545,10	0,00	800.197,90	800.197,90
mar/09	11.427.504,11	2.019.011,16	13.446.515,27	0,00	1.020.759,13	1.020.759,13
1º T/2009	33.562.816,36	8.367.103,99	41.929.920,35	2.152.175,91	2.181.378,07	4.333.553,98
abr/09	9.215.237,43	2.169.090,10	11.384.327,53	5.616,00	222.699,30	228.315,30
mai/09	11.163.951,55	4.164.946,92	15.328.898,47	0,00	716.227,73	716.227,73
jun/09	11.687.132,37	3.891.719,31	15.578.851,68	0,00	767.910,92	767.910,92
2º T/2009	32.066.321,35	10.225.756,33	42.292.077,68	5.616,00	1.706.837,95	1.712.453,95
jul/09	12.504.119,53	2.124.896,05	14.629.015,58	0,00	374.092,76	374.092,76
ago/09	9.357.043,35	1.989.761,75	11.346.805,10	0,00	261.492,46	261.492,46
set/09	5.156.809,37	677.123,45	5.833.932,82	0,00	334.357,20	334.357,20
3º T/2009	27.017.972,25	4.791.781,25	31.809.753,50	0,00	969.942,42	969.942,42
out/09	1.049.515,50	13.074,00	1.062.589,50	0,00	0,00	0,00
4º T/2009	1.049.515,50	13.074,00	1.062.589,50	0,00	0,00	0,00

onde:

(A) – Receita de revenda de mercadorias sujeitas à incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, conforme CFOP.

(B) – Receita de venda de produtos fabricados sujeitos à incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, conforme CFOP.

(C) – Soma dos valores das colunas (A) e (B).

(D) – Receita de revenda de mercadorias sujeitas à incidência de IRPJ e CSLL, conforme CFOP.

(E) – Receita de venda de produtos fabricados sujeitos à incidência de IRPJ e CSLL, conforme CFOP.

(F) – Soma dos valores das colunas (D) e (E).

- a Autoridade esclareceu que segregou os valores acima em duas bases de cálculo distintas pelo seguinte:

4.4.1. Os valores constantes na coluna (C) tratam de venda de mercadorias e produtos cujos CFOPs indicam incidência dos tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, conforme se pode observar nas planilhas anexas "GIA - Receita de Revenda de Mercadorias com incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS" e "GIA - Receita de Produtos Fabricados com incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS".

4.4.2. Os valores constantes na coluna (F) tratam de venda de mercadorias e produtos cujos CFOPs indicam apenas incidência dos tributos IRPJ e CSLL, conforme se pode observar nas planilhas anexas "GIA - Receita de Revenda de Mercadorias com incidência de IRPJ e CSLL" e "GIA - Receita de Produtos Fabricados com incidência de IRPJ e CSLL". Isto porque se trata CFOP de mercadorias e produtos vendidos à Zona Franca de Manaus ou destinados à exportação, sobre os quais não incidem a contribuição para o PIS e a COFINS.

4.4.2.1. Observamos que, na planilha "GIA - Receita de Produtos Fabricados com incidência de IRPJ e CSLL", apesar da devolução de vendas de R\$ 70.231,41 ter ocorrido no mês de 08/2008, apropriamos tal devolução no mês 07/2008, em razão de não ter havido esse tipo de venda no mês 08/2008. No entanto, tal apropriação não prejudica o contribuinte, apenas o beneficia.

4.5. Importante observar que o lançamento dos valores da competência 06/2008 foi tratado em auto de infração distinto deste, constante no processo administrativo fiscal nº 19515.720549/2013-75.

DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E QUALIFICADORAS

- para todo o período coberto pelo Auto de Infração, a Autoridade Fiscal agravou a multa de ofício em 50%, com base no art. 44, § 2º, inc. I e II, da Lei 9.430/96, tendo em vista o não atendimento pelo sujeito passivo dos esclarecimentos solicitados pela fiscalização, assim como pela não apresentação de seus arquivos digitais fiscais, nos termos da IN 86/2001 c/c ADE 15/2001;

- quanto à qualificação da multa que resultou na duplicação da multa de ofício, a Autoridade Fiscal ressaltou que a empresa atribuiu tratamento diverso daquele exigido pelo dispositivo da Lei 4.502/64, ao deixar de declarar em DCTF o valor do IRPJ e reflexos, apurados a partir das receitas informadas nas GIAs, insurgindo, em tese, em crimes previstos na Lei 4.502/64 e na Lei 8.137/90;

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

- não obstante a constatação de irregularidades fiscais na empresa Margen S/A, a responsabilidade pelos tributos lançados foi atribuída à empresa Frigorífico Margen Ltda, em razão de ser responsável por sucessão (incorporação) da empresa Margen S/A, conforme disposto no art. 132 do CTN;

- também a empresa Total S/A, CNPJ 12.184.079/0001-37, é solidariamente responsável, pois esta empresa foi criada por cisão parcial decorrente do processo de recuperação judicial promovido pelo Frigorífico Margen Ltda e seus credores. Logo, infere-se que a empresa Total S/A é sucessora por cisão parcial da empresa Frigorífico Margen Ltda e exerce atividade similar à de sua sucedida (exploração de atividades frigoríficas etc). Aplica-se na cisão parcial a responsabilidade solidária pelas obrigações da empresa cindida, anteriormente à cisão, conforme disposto nos arts. 124 e 132 do CTN e no art. 233 da lei 6.404/76. Observe-se que os débitos lançados remetem-se a fatos geradores ocorridos anteriormente à cisão, afastando a alegação da empresa Total S/A de que “Qualquer passivo oculto será de exclusiva responsabilidade do Frigorífico Margen Ltda”. Ademais, o art. 123 do CTN é muito claro ao dispor que qualquer disposição entre particulares é inoponível ao fisco. Corroborando a estrita legalidade da responsabilidade solidária aqui cominada, têm-se o art. 128 do CTN e o art. 5º do Decreto nº 1.598/77, que veio a regulamentar, em relação à Lei das SA, a questão da responsabilidade em matéria federal, atribuindo responsabilidade solidária à empresa cindida e à empresa cindenda;

- por fim, em virtude da subsunção da conduta praticada pelos administradores da empresa Margen S/A à previsão legal contida no art. 135 do CTN, em razão da infração da Lei 4.502/64 e Lei 8.137/90, restou evidenciada a responsabilidade solidária de tais administradores, conforme art. 124, inc. II, c/c art. 121, ambos do CTN;

- assim, a Autoridade Fiscal encaminhou Termo de Sujeição Passiva Solidária aos seguintes responsáveis solidários:

- a) Empresa Total S/A;
- b) Mauro Suaiden;
- c) Geraldo Antônio Prearo.

Foi realizada Representação Fiscal para fins penais.

A sucessora Frigorífico Margen Ltda impugnou a exigência arguindo a nulidade do lançamento por violação à ampla defesa, arguindo força maior para não

apresentação da documentação exigida, dado o recolhimento e remessa dos documentos à Comarca de Rio Verde/GO em razão do processo de recuperação judicial. Afirmou a ilegitimidade e impropriedade da imputação de responsabilidade solidária a Total S/A e às pessoas físicas Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, e, no mérito, opôs-se ao arbitramento em razão da força maior antes referida e do cerceamento à sua defesa pela impossibilidade de conferência dos valores consignados no lançamento. Discordou também do agravamento da penalidade, e afirmou a inocorrência de sonegação, conluio, fraude ou omissão dolosa, bem como requereu diligência para aferir a veracidade de suas alegações.

A responsável tributária Total Administrações e Participações S/A relata sua criação no âmbito do processo de recuperação judicial e observa que a Lei nº 11.101/2005 afasta a sucessão, não sendo aplicáveis as disposições do CTN, da Lei das S/A ou do Decreto-lei nº 1.598/77. A atuação da Receita Federal prejudicaria credores e terceiros de boa-fé, além de inviabilizar a recuperação judicial.

Os responsáveis tributários Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden apresentaram impugnação com argumentos semelhantes aos de Frigorífico Margen Ltda.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

NULIDADE. Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não se tratando das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, incabível falar em nulidade do lançamento fiscal.

CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, inexistindo cerceamento do direito de defesa quando, na fase de impugnação, foi concedida oportunidade ao autuado de apresentar documentos e esclarecimentos. Havendo no lançamento informações e justificativas que permitam ao contribuinte oferecer impugnação fundamentada e completa, também não se caracteriza situação de cerceamento ao direito de defesa.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. A não apresentação dos livros e documentos necessários à apuração do lucro real trimestral implica no arbitramento do lucro.

PROVA. APRESENTAÇÃO. MOMENTO A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

MULTA QUALIFICADA. Estando devidamente comprovado nos autos que a conduta do contribuinte se subsumiu a uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, é de se aplicar a multa de ofício na forma qualificada, nos termos da legislação específica.

MULTA AGRAVADA. O sujeito passivo deixou de atender a algumas intimações. Devido o agravamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEDIDO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA. Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligências ou perícias, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. Correta a sujeição passiva solidária imputada às pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse comum nas atividades da empresa e conseqüentemente na situação que gerou a obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. É do Poder Judiciário a prerrogativa de determinar as obrigações a serem cumpridas pela contribuinte em processo de recuperação judicial, quando da possível execução da dívida. No julgamento administrativo, o foco é a regular constituição do crédito tributário e a responsabilidade solidária. A responsabilização solidária, no caso de recuperação judicial, é aspecto inerente à execução do débito.

Divergiu o Julgador Giovanni Christian Nunes Campos, que votou pela exclusão da multa agravada.

Frigorífico Margen Ltda foi cientificada da decisão de primeira instância em 22/05/2014 (fl. 2571), e os responsáveis tributários Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden em 23/05/2014 (fls. 2573/2574), todos apresentando recurso voluntário em conjunto com Verena Maria Bannwart Suaiden em 24/06/2014.

Preliminarmente os recorrentes arguem a tempestividade do recurso, vez que cientificada a pessoa jurídica em 22/05/2014 e as pessoas físicas em 23/05/2014, o termo inicial da contagem do prazo seria 26/05/2014, dado que 24/05/2014 foi sábado. Observam, também, a inconstitucionalidade de depósito ou arrolamento prévios para admissibilidade do recurso administrativo.

Na sequência, reafirmam a nulidade do lançamento por prejuízo à ampla defesa, vez que desconsiderada *a força maior a que os recorrentes estavam e estão submetidos*, da qual decorre a impossibilidade de se cumprir os prazo consignados pela recorrida. Ressaltam que a Fiscalização reconheceu que a pessoa jurídica está sob regime de recuperação judicial, circunstância em que afirmam notório que *toda a documentação pertinente à impetrante (Matriz e Filiais) é recolhida, por força do Juízo Universal da Recuperação*, sendo que no presente caso os documentos foram remetidos à Comarca de Rio Verde/GO, *para análise da admissibilidade do pedido de recuperação*. Acrescentam ser inconteste que os recorrentes jamais negaram a exibição ou entrega dos documentos, dizem que o prazo concedido foi exíguo e observam que seriam *milhares de documentos referentes ao período fiscalizado - 2008/2009*, além da documentação pertencente às empresas coligadas, também remetidos ao juízo.

Destacam que não havia risco de prescrição ou decadência, que o MPF havia sido prorrogado e estava válido, evidenciando-se *a desnecessária e manifesta "sanha de exação" com que a recorrida lançou-se sobre os recorrentes*, impedindo o atendimento às exigências, os esclarecimentos e a defesa. Invocam o art. 16, §4º, alínea "a" do Decreto nº 70.235/72 c/c art. 57, inciso V, §5º do Decreto nº 7.574/2011, mas ressaltam que estão impedidos de se valer da faculdade prevista no §7º do inciso III do §4º do referido art. 57 do

Decreto nº 7.574/2011 porque os documentos solicitados pela recorrida ainda continuam "sub judice".

No mérito, observam que o lançamento decorre da falta de atendimento às intimações, e ainda se vale de *dados unilaterais, obtidos junto às Secretarias de Fazenda Estaduais*, com prejuízo à defesa porque *tolhido dos recorrentes o direito de conferir e comprovar as origens e exatidão dos valores indicados, os quais, ainda conforme consta expressamente no "Termo de Verificação Fiscal", foram deduzidos pela recorrida*. Entendem que os dados assim obtidos não podem se prestar como base para as autuações, mormente tendo em conta que a multa aplicada foi agravada e qualificada.

Asseveram que nada nos autos evidencia que *os recorrentes se enquadram nos dispositivos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964*, inexistindo sonegação, omissão, fraude ou dolo, mas apenas impedimento decorrente de força maior. Citam julgados administrativos que teriam decidido ser *inaplicável a Multa de Ofício Qualificada, bem como, inaplicável concomitantemente a Multa Agravada, tendo ambas a mesma base de cálculo, quando não ocorre fraude ou evidente intuito desta, omissão ou dolo*, e invocam a Súmula CARF nº 14, além de se reportarem às decisões do Supremo Tribunal Federal contra *multas com feições confiscatórias*. Concluem que *o Auto de Infração que deu origem à decisão ora recorrida, foi lavrado com base em "deduções" da recorrida, ilegítimas e equivocadas, obtidas unilateralmente; portanto, "data máxima venia", é inevitável sua anulação*.

Mencionam a aferição de eventual crédito tributário por meio de nova diligência mas observam que requereram perícia *na documentação indicada pela recorrida, elencada no MPF nº 0819000-2011-00875-9, que originou a autuação*, isto para o exame da *"dedução" formulada pela recorrida no Auto de Infração*, e mesmo demonstrando sua imprescindibilidade e indicando perito, formulando quesito inicial e protestando pela apresentação de novos quesitos, tal pedido foi indeferido *por não restar dúvidas acerca dos elementos presentes no processo*. Aduzem que não tiveram oportunidade de apresentar ou examinar os documentos, e só houve produção de provas pela Fiscalização.

Na sequência, classificam de ilegítima e imprópria a atribuição de responsabilidade tributária a Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden, e asseveram que o relator da decisão recorrida não teria examinado suas impugnações ao afirmar que *não houve uma impugnação específica do vínculo de solidariedade*. Afirmam que ofertaram tal defesa tanto no bojo da impugnação da pessoa jurídica, como também nas impugnações individualmente apresentadas pelas pessoas físicas, e tais defesas, *simplesmente, deixaram de ser apreciadas na decisão ora recorrida*.

Reportam-se ao art. 135 do CTN e asseveram que as pessoas físicas *não praticaram qualquer ato com excesso de poderes ou infração de lei, e estavam, e estão, impossibilitados de atender a fiscalização*.

Apontam, ainda, omissão do acórdão recorrido quanto ao pedido de Verena Maria Bannwart Suindem *quanto ao pedido de exclusão de seus bens particulares, indevidamente arrolados pela recorrida*, tendo em conta ser casada sob regime de separação total de bens, como demonstrado em impugnação.

Total S/A foi cientificada do lançamento em 26/05/2014 (fl. 2572) e apresentou recurso voluntário, tempestivamente, em 18/06/2014 (fls. 2576/2586). Relata que o Grupo Margem adentrou com pedido de recuperação judicial em 30/10/2008, o qual tramita na Comarca de Rio Verde/GO, tendo sido realizada Assembleia Geral de Credores que aprovaram o plano de recuperação judicial, objeto de decisão publicada em 05/10/2009. Referido plano *atendendo ao disposto no art. 50, II da Lei nº 11.101/2005, contemplou a criação de uma nova empresa, inicialmente denominada de "NewM S/A" (nome provisório), mediante a reversão de parte do patrimônio das empresas em recuperação judicial que compõe o Grupo Margem, para pagamento aos credores mediante emissão de ações e/ou debentures desta nova empresa. Esta a empresa que, criada em 17/05/2010, passou a se denominar Total S/A, mediante cisão que se destinou a satisfazer o crédito de milhares de fornecedores do Grupo Margem.*

Argumenta que o art. 60, § único da Lei nº 11.101/2005 prevê que, *havendo no plano de recuperação judicial aprovando a previsão de alienação de bens para cumprimento do Plano, não haverá sucessão para os adquirentes, inclusive de natureza tributária*, de modo que tal lei específica afasta a aplicação do CTN, da Lei das S/A e do Decreto-lei nº 1.598/77.

Aduz que o arrolamento de seus bens pela Receita Federal representa intervenção *no plano de recuperação judicial do "Grupo Margem", prejudicando os credores, terceiros de boa-fé, e o próprio cumprimento do plano de recuperação judicial*, podendo inviabilizá-la. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que teria afastado *procedimento fiscal, quando este é capaz de interferir no êxito da recuperação judicial de uma empresa.*

Ressalta que os privilégios a empregados e à Fazenda Pública só estão previstos em caso de falência, e não se aplicam em sede de recuperação judicial.

Pede, assim, que seja afastada a solidariedade que lhe foi imputada, determinando-se o *levantamento do arrolamento que recaiu sobre seus bens, de forma a não prejudicar o cumprimento do Plano de Recuperação Judicial já aprovado e homologado de conformidade com os trâmites legais.*

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Cumpre, preliminarmente, apreciar a alegação dos responsáveis tributários Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden de que os julgadores de 1ª instância não apreciaram a impugnação oferecida contra o *vínculo de solidariedade*, dado que desta alegação poderia resultar a declaração de nulidade da decisão de 1ª instância.

Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden apresentaram impugnação em separado (fls. 2410/2439 e 2477/2505), mas de teor praticamente idêntico, distinguindo-se apenas na referência, por Mauro Suaiden, à existência de arrolamento de bens. Depois de relatarem a acusação fiscal, os impugnantes arguíram a nulidade do lançamento por violação ao direito de defesa, dada a impossibilidade de acesso à escrituração comercial sob guarda do juízo da recuperação judicial, e, na sequência, questionaram a atribuição de responsabilidade solidária por inexistência de qualquer ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei.

A autoridade julgadora de 1ª instância, por sua vez, relatou que *as peças de defesa dos representantes legais da pessoa jurídica autuada Sr. GERALDO ANTÔNIO PREARO e Sr. MAURO SUAIDEN são similares aos termos da impugnação apresentada pela empresa FRIGORÍFICO MARGEN LTDA (fls. 2016/2040)*, mas isto porque aquela pessoa jurídica também impugnou a imputação de responsabilidade tributária nos termos assim resumidos na decisão recorrida:

- Como segunda preliminar, verifica-se a absoluta ilegitimidade e impropriedade da atribuição de responsabilidade passiva solidária à pessoa jurídica Total S/A e às pessoas físicas Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, sendo forçoso concluir que o Auto de Infração deve ser anulado.

[...]

Quanto às pessoas físicas Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, o art. 135 do CTN dispõe que a responsabilidade solidária se atribui ao sócio ou gerente que tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, o que não ocorreu no caso em tela. Repisando que a Impugnante e seus representantes legais estavam e estão impossibilitados de atender à fiscalização por absoluta força maior.

Contudo, no voto condutor da decisão recorrida, tais alegações foram assim tratadas:

PRELIMINAR

Inicialmente, a preliminar de nulidade do auto de infração, levantada pela interessada em sua impugnação, não merece acolhida.

[...]

Como segunda preliminar, a Impugnante alegou a absoluta ilegitimidade e impropriedade da atribuição de responsabilidade passiva solidária à pessoa jurídica Total S/A e às pessoas físicas Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, sendo forçoso concluir que o Auto de Infração deve ser anulado.

Deve-se esclarecer que atribuição de responsabilidade passiva solidária não se enquadra dentre as hipóteses de nulidade do Auto de Infração. Quanto à pertinência ou não da responsabilização solidária da pessoa jurídica Total S/A e das pessoas físicas Mauro Suaiden e Geraldo Antônio Prearo, trata-se de matéria a ser apreciada no mérito.

Rejeito as preliminares.

[...]

DA SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA

A empresa Total S/A, CNPJ 12.184.079/0001-37, imputada como responsável solidária, foi criada por cisão parcial decorrente do processo de recuperação judicial promovido pelo Frigorífico Margen Ltda.

[...]

Quanto aos contribuintes Sr. GERALDO ANTÔNIO PREARO e Sr. MAURO SUAIDEN, representantes legais da pessoa jurídica autuada, eles apresentaram impugnações nos mesmos termos da defesa apresentada pela empresa FRIGORÍFICO MARGEN LTDA. Verifica-se, então, que não houve uma impugnação específica do vínculo de solidariedade.

Dessa forma, considero apreciadas todas as alegações por eles levantadas em conformidade com as decisões já fundamentadas quando da apreciação da impugnação apresentada pelo FRIGORÍFICO MARGEN LTDA e mantenho a responsabilidade passiva solidária imputada ao Sr. GERALDO ANTÔNIO PREARO e ao Sr. MAURO SUAIDEN.

Resta claro, assim, que não foram apreciadas as alegações de Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden acerca da inaplicabilidade do art. 135 do CTN por inocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei. A autoridade julgadora de 1ª instância não atentou para o fato de que os argumentos dos mencionados responsáveis foram relatados como idênticos aos apresentados por Frigorífico Margen Ltda porque esta também veiculara, em sua impugnação, a arguição de inaplicabilidade do art. 135 do CTN.

O Decreto nº 70.235/72 orienta-se pelo princípio do livre convencimento motivado, como se verifica nos artigos abaixo reproduzidos:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

[...]

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Significa dizer que, ao identificar motivo suficiente para fundamentar sua decisão, o julgador administrativo está dispensado de responder a todos os argumentos apresentados na defesa. Neste sentido, aliás, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

COMPENSAÇÃO DE RESULTADOS NEGATIVOS ANTERIORES A 1992 - IMPOSSIBILIDADE - LEGALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 90/92.

1. Ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento. não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes nem a rebater, um a um, todos os argumentos levantados nas razões ou nas contra-razões de recurso. Ausência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

[...] (Recurso Especial nº 361.026/PI – Relator Ministro Castro Meira, data do julgamento: 02/02/2006, data da publicação no DJ: 20/02/2006)

TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. “CEGONNHEIROS”. INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÉIS A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre o referido vício in procedendo posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. [...] (Recurso Especial nº 677.585/RS – Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento: 06/12/2005, data da publicação no DJ: 13/02/2006)

Todavia, apresentado argumento que, no entender das responsáveis, seria suficiente para desvinculá-los da presente exigência, e não se manifestando a autoridade julgadora de 1ª instância a este respeito, a apreciação por este Colegiado desse tópico, renovado no recurso voluntário, representaria cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo que, a teor do Decreto nº 70.235/72, tem assegurada a possibilidade de ver seu argumento apreciado ao menos por duas instâncias administrativas de julgamento, antes de se tornar definitiva a acusação fiscal.

Em tais condições, o Decreto nº 70.235/72 impõe a declaração de nulidade da decisão recorrida:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

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

Esclareça-se não ser possível a aplicação do §3º acima transcrito. Isto porque eventual decisão de mérito proferida nesta instância administrativa de julgamento não reúne condições para, por si só, ser classificada como favorável ao sujeito passivo, na medida em que à Fazenda Nacional está assegurado o direito de recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais se caracterizada a divergência de entendimento em relação a julgado proferido por outro Colegiado desta Casa.

Assim, por economia processual, é desnecessário prosseguir na análise dos demais argumentos dos recorrentes e aferir o posicionamento de todos os membros do

Processo nº 19515.720550/2013-08
Acórdão n.º **1302-001.815**

S1-C3T2
Fl. 14

Colegiado para determinar se os sujeito passivos seriam, eventualmente, favorecidos com o cancelamento integral das exigências.

Frente ao exposto, o presente voto é no sentido de ANULAR PARCIALMENTE a decisão 1ª instância, para que um segundo acórdão seja produzido acerca da matéria omitida, disto cientificando-se novamente os responsáveis tributários Geraldo Antônio Prearo e Mauro Suaiden com reabertura do prazo para apresentação de novos recursos voluntários.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora