



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10111.720547/2012-73
Recurso Embargos
Acórdão nº 3201-008.839 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2021
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado UTILIDAD COMERCIO DE MOVEIS E ELETRO LTDA

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 16/06/2009 a 14/02/2012

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSO QUANTO A NATUREZA DO VÍCIO DA ANULAÇÃO. VÍCIO MATERIAL.

Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação aduaneira/tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário, de natureza material, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher parcialmente os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, apenas para sanar o vício de omissão suscitado, para que passe a constar a nulidade material. Vencido o Conselheiro Arnaldo Diefenthaeler Dornelles que rejeitou os embargos.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Laércio Cruz Uliana Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Helcio Lafeta Reis, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Mara Cristina Sifuentes, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Arnaldo Diefenthaeler Dornelles, Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, Paulo Roberto Duarte Moreira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração manejado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que assim teve sua ementa em Recurso Voluntário de Ofício:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 16/06/2009 a 14/02/2012
INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

A interposição fraudulenta presumida tem como fato punível a não comprovação de origem dos recursos empregados nas operações de importação. Assim, cabe à fiscalização perquirir especificamente quanto à origem dos recursos vinculados exatamente às operações de importação examinadas. Ausente tal prova específica, torna-se insubsistente o lançamento.

CESSÃO DE NOME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE ENCOMENDANTE DIVERSO.

Apenas o fato de existirem negociações comerciais prévias à importação não é suficiente para a caracterização da cessão de nome na importação. Ausente demais comprovações, como a própria transferência prévia de recursos, ao lado da existência de indícios favoráveis ao importador, tal como a utilização de marca própria, não há como subsistir a imputação de penalidade.

SUBFATURAMENTO. ARBITRAMENTO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO.

A ocorrência de subfaturamento e o respectivo arbitramento de valores não pode ser fundamentada em mera presunção. É necessária prova mínima, pela Fiscalização, acerca dos valores apontados como corretos, não cabendo a mera indicação de divergências entre documentos gerenciais da empresa.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO ADMINISTRADOR.

A solidariedade tributária estabelecida em lei pressupõe que a Fiscalização efetue a demonstração do fato e sua adequada subsunção à norma. Inexistente descrição de atos cometidos com excesso de poderes, ou mesmo o interesse jurídico comum, capazes de atrair a incidência das imposições legais, inviável a atribuição de responsabilidade tributária.

Seguindo a marcha processual normal, foi apresentado Embargos de Declaração pela Conselheira Tatiana Josefovich Belisário, tendo a seguinte decisão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Exercício: 2003, 2004
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Acolhem-se Embargos de Declaração para retificação do resultado de julgamento lançado no acórdão formalizado, quando este não corresponde ao efetivo resultado obtido, nos termos do voto condutor.

(...)

Pelo exposto, voto por ACOLHER os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para que reste consignado no resultado do julgamento a **negativa de provimento ao Recurso de Ofício**, mantendo-se, no mais, a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado.

Posteriormente foi apresentado Embargos de Declaração pela Procuradoria da Fazenda Nacional, alegando em síntese omissão no julgamento do Recurso Voluntário pois teria sido proferido acórdão da anulação do lançamento realizado.

No entanto, alega a PGFN que a omissão paira em razão do termo nulidade existiria necessidade de especificar se existiria o vício formal ao procedimento ou não, nos termos do art. 173, II, do CTN, conforme constante na peça recursal:

Ocorre que nulidade é termo equívoco e, desse modo, torna-se necessária a especificação do seu sentido.

É indispensável o esclarecimento dessa questão no dispositivo do acórdão para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173 do CTN:

Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (...)II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (Grifos nossos)

Partindo da premissa de que houve nulidade, a Fazenda Nacional entende que se trata de nulidade formal, pois seu fulcro estaria centrado em **fato procedimental**. No entanto, faz-se necessária, para que se espanquem tergiversações, a manifestação expressa dessa Colenda Câmara.

Diante de tal fato, foi admitido os aclaratórios nos seguintes termos:

(...)

A embargante esclarece que a nulidade é um termo equívoco e a especificação quanto ao tipo do vício é indispensável para que não haja prejuízo quanto ao disposto no artigo 173 do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A seguir, a embargante junta várias decisões do CARF que explicitaram o tipo de vício que maculava os lançamentos.

O primeiro excerto diz respeito à anulação do lançamento relativo à multa de 100% por dano ao erário, por interposição fraudulenta presumida, em apreciação de recurso de ofício:

“Desse modo, pelas mesmas razões expostas no acórdão recorrido, nesse aspecto do Recurso de Ofício, **rejeito-o para manter a anulação do lançamento** realizado com base no § 2º do art. do Decreto-Lei nº 1455/76, excluindo do crédito tributário o valor de R\$ 15.052.552,57.”

A decisão de primeira instância, no voto vencedor de e-fls. 18505 a 18.534, assim concluiu na e-fl. 18.518:

“Diante de todo o exposto neste item II, entendo que, por falta de provas que caracterizem a presunção de interposição fraudulenta, lançado com base no § 2º do art. do Decreto-Lei nº 1455/76, deva ser anulado o lançamento nesta parte e excluído do crédito tributário o valor de R\$ 15.052.552,57.”

Verifica-se que o acórdão embargado adotou as razões expostas no acórdão de primeira instância quanto à anulação decidida, a qual resultou da falta de provas, conforme expressamente constou do excerto acima. Contudo, para que não haja qualquer dúvida, entendo plausível a necessidade de o colegiado, expressamente, se manifestar sobre o tipo de vício.

(...)

A decisão embargada anulou a atribuição de responsabilidade por ausência de prova quanto ao cometimento dos ilícitos apontados, bem como por falta de indicação, de forma precisa, qual ato teria sido cometido pelo solidário apto a atrair a solidariedade, nem tampouco definiu qual dispositivo legal teria sido efetivamente infringido, se 124 ou 135 do CTN, conforme excertos abaixo:

“Ademais, veja-se que no Relatório Fiscal limitou-se à indicação dos dispositivos legais capazes de sustentar a solidariedade, contudo, sem indicar de forma precisa qual ato cometido pelo solidário seria apto para atrair a solidariedade, tampouco em qual inciso legal o ato seria enquadrado (por exemplo, se interesse comum ou se excesso de poderes pelo administrador)

[...]Após apresentar a fundamentação legal, a Fiscalização apenas listou quem seriam os solidários. No caso específico do Sr. Edmar Mothé, por exemplo, a Fiscalização não indicou se a sua responsabilidade se daria em razão do interesse comum (art. 124), ou em função da sua breve participação societária (art. 134 e 135). Em se presumindo, ainda para fins exemplificativos, que a responsabilidade se deu com fundamento no art. 135, esta deveria se limitar ao período em que figurou como sócio ou administrador da empresa Utilidad.

Logo, mais uma vez se constata a fragilidade do lançamento fiscal, deixando novamente de proceder a subsunção do fato à norma. No caso, sequer indicou qual fato seria capaz de atrair a incidência de qualquer norma impositiva de solidariedade, seja qual for a sua natureza.”

Constata-se, portanto, que a anulação ocorreu por ausência de provas dos ilícitos e por falta de subsunção do fato à norma, simplesmente por não ter indicado qual fato atrairia a responsabilidade. De modo semelhante à anulação do lançamento na apreciação do recurso de ofício, entendo plausível a necessidade de o colegiado se manifestar expressamente sobre o tipo de vício que a ensejou.

CONCLUSÃO Com base nas razões acima expostas, admito os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional. Encaminhe-se para novo sorteio e distribuição no âmbito da turma, uma vez que a Conselheira Tatiana Josefovich Belisario não mais compõe o quadro de conselheiros do CARF.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza Presidente da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento

É o relatório.

Voto

Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, Relator.

O Embargos de Declaração é tempestivo e merece ser conhecido.

Alega a Embargante que existiria omissão no acórdão voluntário por não constar se a anulação do lançamento ocorreu por vício formal ou material.

Sustenta em síntese, para que seja sanada a omissão e reconhecida o vício formal. Para tanto é necessário revistar o acórdão proferido o qual transcrevo trechos:

2. RECURSO VOLUNTÁRIO UTILIDAD

Conforme relatado, o acórdão proferido pela DRJ cancelou grande parte do lançamento original. Assim, restaram objeto de irrisignação pelo sujeito passivo principal apenas a cobrança da multa por cessão de nome (parcialmente mantida) e dos consectários do subfaturamento atribuído a 3 (três) Declarações de Importação.

(...)

Desse modo, à exemplo do que se verifica relativamente à acusação de interposição fraudulenta, falhou a Fiscalização no seu ônus probatório. Ainda que existentes indícios de irregularidades nas empresas envolvidas e até mesmo nas operações, é preciso que a submissão dos fatos à norma seja feita de modo vinculado e coerente.

Por fim, aqui é também preciso ressaltar que a decisão ora proferida não tem o propósito de legitimar as operações de importação realizadas, tampouco a idoneidade das empresas envolvidas. O que se afirma é que o lançamento fiscal é carente de provas aptas a suportar a acusação realizada.

(...)

Desse modo, à exemplo do que se verifica relativamente à acusação de interposição fraudulenta, falhou a Fiscalização no seu ônus probatório. Ainda que existentes indícios de irregularidades nas empresas envolvidas e até mesmo nas operações, é preciso que a submissão dos fatos à norma seja feita de modo vinculado e coerente.

Por fim, aqui é também preciso ressaltar que a decisão ora proferida não tem o propósito de legitimar as operações de importação realizadas, tampouco a idoneidade das empresas envolvidas. O que se afirma é que o lançamento fiscal é carente de provas aptas a suportar a acusação realizada.

2. RECURSO VOLUNTÁRIO EDMAR MOTHÉ

O Recurso Voluntário de Edmar Mothé relaciona-se à atribuição de responsabilidade tributária.

No caso, tendo em vista o cancelamento da autuação por ausência de provas quanto ao cometimento dos ilícitos apontados, por mais razão deverá ser anulada a atribuição de uma responsabilidade que só se justificaria em razão do cometimento de ato ilícito.

(...)

Nesse mesmo sentido se manifestou a DRJ em sua conclusão que tratava-se de vício material, vejamos:

Desse modo, a meu sentir, pela suposta solidariedade erroneamente apontada na Multa por cessão de nome (ou seja, **erro na identificação do sujeito passivo**), não se restaram configurados todos os elementos nucleares da relação jurídico-tributária em pauta. E, uma vez ocorrida violação a quaisquer dos requisitos essenciais do lançamento, consubstancia-se o chamado **vício material**; vício este que não se coaduna com a contagem de prazo decadencial prescrita pelo inciso II do artigo 173 do CTN, aplicável apenas na ocorrência de nulidade por vício de natureza formal, ou seja, não vinculado à parte substancial do ato.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No mais, penso que, em um mesmo processo fiscal, estando a Multa por cessão de nome (frise-se, cuja aplicação deve ser **exclusiva** àquela pessoa jurídica que cedeu o nome) lançada conjuntamente com outras exações (sendo estas outras, com vários sujeitos passivos solidários), ter-se-á um verdadeiro imbróglio.

(...)

b.2) **DECLARAR** a nulidade por vício material do lançamento referente à Multa por cessão de nome de R\$ 2.341.713,30;

Resta esclarecer, que aludida nulidade constante no voto condutor do Recurso Voluntário e de Ofício é em razão do lançamento e não do auto de infração.

Como já mencionado no voto acima, a anulação não ocorreu por vício procedimental, mas pelo motivo do ônus probatório apresentado não sendo o suficiente para manter a compreensão do julgador e assim o alcance da norma, assim, recaindo o vício material, nesse sentido:

Numero do processo:12689.000733/2005-54

Turma:3ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS **Câmara:**3ª SEÇÃO
Seção:Câmara Superior de Recursos Fiscais

Ementa:Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/02/2002 a 18/09/2002 AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA OU ERRO NA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário, de natureza material, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal. Recurso Especial do Procurador Negado.

Numero da decisão:9303-005.461 **Nome do relator:**RODRIGO DA COSTA POSSAS

Nesse sentido, acolho os Embargos para dar parcial procedimento, para sanar a omissão apontada e reconhecer o vício material.

CONCLUSÃO

Assim, concluo, em acolher parcialmente os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, apenas para sanar o vício de omissão suscitado, para que passe a constar a nulidade material.

(documento assinado digitalmente)

Laércio Cruz Uliana Junior