



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10240.720638/2016-67
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.493 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 9 de junho de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMERCIAL DE CARNES 5 IRMÃOS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE LITÍGIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido especificamente indicada ao debate. Nos termos do art. 18 da Lei nº 13.105/2015 (CPC), ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade, e, menos ainda, de ofício. Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão em relação ao tema (responsabilidade solidária).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado(a)), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente. Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, substituído pelo conselheiro Jose Eduardo Dornelas Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN (fls. 1094 e seguintes) em face do acórdão nº 1201-001.153 (fls. 1075 e seguintes), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por meio do qual foi dado parcial provimento ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

“Acordam os membros do colegiado: a) Por unanimidade de votos, em NEGAR provimento aos recursos voluntários da pessoa jurídica e do responsável solidário Maikell Jarilho Galvão; b) por maioria de votos, DERAM provimento ao recurso voluntário do responsável solidário Silvio César Pregnaça, vencido o Conselheiro Marcelo Cuba Netto, o Presidente acompanhou o resultado vencedor pelas conclusões; c) por unanimidade de votos, em CONSIDERAR possível analisar responsabilidade solidária de ofício; d) por unanimidade de votos, em MANTER de ofício, a responsabilidade do solidário Marco Aurélio Nicacio; e e) por maioria de votos, em AFASTAR, de ofício, a responsabilidade do solidário Márcio Brito Estevam, vencidos o Presidente e o Conselheiro Marcelo Cuba Netto.”

O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa, *verbis*:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL.

Aplicação da súmula 2 do CARF, visto que o fundamento jurídico de toda a matéria é de ordem constitucional, qual seja a quebra do sigilo sem ordem judicial prevista na Carta Magna de 1988.

CONFISCATORIEDADE DA MULTA DE 150% E VIOLAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Aplicação da súmula 2 do CARF, considerando que tais princípios são fixados no texto constitucional, sendo vedada essa Corte afastar lei por critério de inconstitucionalidade.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS EM CASO DE FAUDE À LEI.

Aplicação do artigo 135, inciso III, do CTN

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAQUELES QUE DETINHAM PROCURAÇÃO. AFASTABILIDADE. FALTA DE PROVA PELA FAZENDA.

A Fazenda ao não demonstrar o exercício dos poderes outorgados a terceiros, não poderá imputar responsabilidade apenas por ter sido outorgada procuração para movimentações financeiras.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. A presunção legal *juris tantum* inverte o ônus da prova. Nesse caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do

Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

PIS. COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS. O ICMS integra a base de cálculo a ser tributada pelas contribuições PIS e Cofins, inexistindo previsão legal para sua exclusão.

Recurso conhecido e parcialmente provido.”

A exigência fiscal em exame nos autos decorre de fiscalização que resultou no lançamento de ofício de IRPJ e reflexos (PIS, COFINS e CSLL), por omissão de receitas apuradas com base nas GIA's de ICMS e em depósitos bancários de origem não comprovada. Foi aplicado arbitramento do lucro por falta de apresentação dos livros e documentos de escrituração, e foram responsabilizados os sócios da empresa.

Houve impugnação por parte do contribuinte (e-fls. 311 e seguintes), bem como dos responsáveis Silvio César Pregnaça (e-fls. 331 e seguintes) e Maikell Jarilho Galvão (e-fls. 357 e seguintes). Os dois outros responsáveis (Marco Aurélio Nicacio e Márcio Brito Estevam) não apresentaram impugnação.

As impugnações foram julgadas improcedentes (DRJ, e-fls. 383 e seguintes)

Contra esta decisão foi apresentado recurso voluntário conjunto, em uma única peça (e-fls. 496 e seguintes), apenas pelo contribuinte e os mesmos dois responsáveis que haviam impugnado o lançamento, no qual houve contestação, em síntese, apenas quanto à imputação de responsabilidade solidária e à multa.

No recurso especial, a Procuradoria ataca a decisão recorrida com relação à parte em que o colegiado decidiu, *de ofício*, analisar a sujeição passiva do responsável Márcio Brito Estevam e excluí-lo do polo passivo. A Procuradoria alegou, no caso, a ocorrência da **preclusão consumativa**, e apresentou como paradigmas de divergência os acórdãos nº 102-47.321 e 9101-000.540. O recurso foi admitido, com relação a este ponto pelo despacho de admissibilidade de fls. 1108 e seguintes.

Por outro lado, o recurso especial fazendário **não foi admitido com relação ao mérito da responsabilidade** dos dois procuradores (Márcio Brito Estevam e Silvio César Pregnaça) da pessoa jurídica, a qual restou afastada pela decisão recorrida, tendo a negativa de seguimento quanto a esta matéria sido confirmada pelo despacho de reexame de admissibilidade de fls. 1117-1118.

Cientificados do recurso especial fazendário e de sua admissão parcial, por meio de editais (fls. 1170, e 1177-1179), após tentativa de ciência por via postal, o contribuinte e os responsáveis solidários não apresentaram contrarrazões e nem tampouco recurso especial da parte que lhes foi desfavorável, conforme atestado no despacho de encaminhamento de fls. 1180 do processo apenso ao presente (PAF nº 10240.720638/2016-67).

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima, e a divergência jurisprudencial foi demonstrada pela recorrente, no que diz respeito à única matéria que subiu a este colegiado para apreciação (*preclusão*). Dele conheço.

O presente caso não trata de preclusão para a apresentação de provas, questão acerca da qual existe alguma controvérsia maior no âmbito administrativo, e sim sobre a preclusão quanto à contestação de **matéria**.

Conforme relatado, o responsável Márcio Brito Estevam não apresentou sequer impugnação ao feito, seja para contestar a matéria tributável, seja para contestar a imputação de sujeição passiva solidária feita à sua pessoa, com fundamento no art. 124, I, do CTN, em razão ter sido constituído pela pessoa jurídica como seu procurador, com “*amplos poderes para vender e alienar mercadorias, movimentar a conta corrente junto ao Banco do Brasil*”, consoante constou no relatório da decisão recorrida.

A questão posta à análise no presente recurso não guarda nenhuma relação com a matéria tributável em litígio nos presentes autos, mesmo porque, conforme relatado, apenas o contribuinte e os responsáveis Silvio César Pregnaça e Maikell Jarilho Galvão contestaram o crédito tributário (e, ainda assim, apenas parcialmente, exclusivamente no que diz respeito à multa de ofício aplicada).

Vale dizer que, a **matéria que não foi objeto de impugnação nos autos do processo, em nenhum momento**, é a atribuição de **responsabilidade solidária ao Sr. Márcio Brito Estevam**.

O Decreto nº 70.235/1972, diploma com *status* de lei, que rege o processo administrativo fiscal, é bastante claro a respeito do ponto aqui controverso:

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

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, **os pontos de discordância** e as razões e provas que possuir; (*Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993*)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.” (*Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997*)

Ao não apresentar impugnação em seu nome, o Sr. Márcio Brito Estevam fez com que não se instaurasse o litígio com relação à atribuição de responsabilidade à sua pessoa. Assim, o litígio prosseguiu apenas no tocante ao *crédito tributário em si* (o que poderia eventualmente

favorecer o Sr. Márcio Brito Estevam, na medida em que o crédito viesse a ser reduzido ou cancelado, o que não ocorreu) e à *responsabilidade dos dois únicos sujeitos passivos solidários que apresentaram contestação*.

Ainda que alguma outra parte no processo tivesse intentado defender o afastamento da responsabilidade tributária do Sr. Márcio Brito Estevam (o que, ressalte-se, *sequer de fato ocorreu nos autos*), ainda assim esta parte da defesa eventualmente apresentada pelas outras partes não surtiria efeito algum, pois é cediço que, nos termos do art. 18 do Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105/2015), “*Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*”.

Além de inexistir tal autorização no ordenamento jurídico para que o direito do Sr. Márcio Brito Estevam viesse a ser pleiteado, no caso dos autos, pelos demais sujeitos passivos, o fato é que, de qualquer sorte, conforme dito, tal fato sequer ocorreu, pois em momento algum o contribuinte ou os outros dois responsáveis solidários que recorreram fizeram qualquer menção, em suas defesas, à situação do Sr. Márcio Brito Estevam.

Assim, por qualquer ótica que se analise a questão, fato é que tal **matéria** não foi, em momento algum, parte do litígio, de sorte que se deve tê-la por **preclusa (não impugnada)**.

Uma vez que não instaurado o litígio com relação à matéria em questão, incabível se mostra o pronunciamento, feito pelo colegiado *a quo*, a respeito do *mérito* quanto à imputação de responsabilidade tributária feita pelo fisco ao Sr. Márcio Brito Estevam.

O acórdão recorrido, porém, claramente *estendeu*, à pessoa do Sr. Márcio Brito Estevam, *os efeitos do recurso apresentado por outro dos sujeitos passivos solidários* (no caso, o Sr. Silvio César Pregnaça), consoante se verifica pelo seguinte excerto do voto do seu relator, *verbis*:

“Ademais, a despeito de apenas um dos solidários ter contestado administrativamente a questão da responsabilidade frente ao interesse comum, esse ato, na minha singela opinião aproveita ao outro solidário que se encontra na mesma e idêntica situação.

Portanto, acolho de ofício a exclusão da responsabilidade do Sr. Márcio, por critério de identidade com os fundamentos que adota em relação ao Sr. Silvio, quanto à falta de prova da Fazenda em apontar de forma objetiva os atos praticados por esses dois cidadãos na movimentação de contas bancárias ou realização de vendas em nome da empresa autuada.”

Tal postura, contudo, entendo que não pode ser admitida à luz da legislação processual administrativa acima transcrita (a qual se mostra em sintonia também com a legislação processual civil mencionada).

O CARF possui sólida jurisprudência confirmando a preclusão das matérias não impugnadas, e a conseqüente impossibilidade de seu conhecimento em sede recursal.

Neste sentido, relembro aqui, recente acórdão de minha relatoria sobre a matéria, apesar de o colegiado à época possuir outra composição, cuja ementa e dispositivo abaixo transcrevo (acórdão 9101-005.300, de 12 de janeiro de 2021):

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido especificamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade. Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão em relação ao tema (multa qualificada).

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Lívia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Caio Cesar Nader Quintella que votaram por lhe negar provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Caio Cesar Nader Quintella. Entretanto, dentro do prazo regimental, o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella deixou de apresentá-la, razão pela qual deve ser considerada não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

De outra feita, também deve ser mencionado o precedente desta CSRF 9101-005.261, com a transcrição da ementa e dispositivo.

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS NA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL. A PRECLUSÃO ESTÁ ATRELADA À QUESTÃO DE PROVA E NÃO RELATIVA À INSTITUTO PROCESSUAL.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido especificamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de questões probatórias e/ou matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, conhecer do recurso especial, vencida a Conselheira Andréa Duek Simantob que votou pelo não conhecimento; e (ii) no mérito, por maioria de votos, negar-lhe provimento, vencido Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella que votou por lhe dar provimento para retorno dos autos à turma ordinária. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Andréa Duek Simantob.

Por seu turno, deve ser reformada a decisão recorrida, eis que, não deveria se pronunciar sobre matéria não impugnada a responsabilidade tributária do Sr. Márcio Brito Estevam, de sorte que, por se tratar de matéria preclusa, deve a sua responsabilidade solidária, imputada pelo fisco nos termos do art. 124, I, do CTN, ser restabelecida.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob

Fl. 7 do Acórdão n.º 9101-005.493 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 10240.720638/2016-67