



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10314.727784/2015-21
Recurso Embargos
Acórdão nº **1201-002.984 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de junho de 2019
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado INTERNACIONAL DE TECIDOS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÃO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. POSSIBILIDADE.

Pode o colegiado conhecer de ofício questões atinentes a matérias já sumuladas pelo CARF que entender também serem de ordem pública, mesmo se não provocadas em primeira instância.

EMBARGOS INOMINADOS. LAPSO MANIFESTO.

É de se corrigir o dispositivo da decisão para indicar claramente a exclusão da responsabilidade tributária de administrador, bem como retificar erro material na indicação do percentual da multa de ofício mantido.

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração da Procuradoria, sem efeitos infringentes, e acolher os embargos inominados da Sr^a. Presidente para retificar o lapso manifesto apontado, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente) – Presidente

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Junior, Alexandre Evaristo Pinto, André Severo Chaves (Suplente convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-002.984 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10314.727784/2015-21

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela d. Procuradoria da Fazenda Nacional contra acórdão desta Turma que exonerou o agravamento da multa aplicada contra a interessada INTERNACIONAL DE TECIDOS LTDA - ME em lançamento de IRPJ por arbitramento do lucro no ano de 2011.

A ementa do acórdão embargado assim dispõe:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

FALTA DE ATENDIMENTO AOS PEDIDOS DE DOCUMENTO DA FISCALIZAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. POSSIBILIDADE. Tendo a autoridade fiscal procedido à diversas intimações da contribuinte que não foram atendidas, acertado o arbitramento de lucros, com base no art. 47, inciso III da Lei n. 8.981/95. A falta injustificada de atendimento à intimação fiscal que solicite a apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais é hipótese descrita em Lei como hábil a autorizar a tributação com base em arbitramento de lucros.

MULTA AGRAVADA. ARBITRAMENTO DO LUCRO. SUBSTITUIÇÃO. O arbitramento do lucro supre a ausência das informações e documentações requeridas e torna injustificada a aplicação concomitante da multa agravada de 225%.

MULTA QUALIFICADA. CONDUTA REITERADA DE OMISSÃO DE RECEITA. VALORES DECLARADOS A MENOR. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. A multa qualificada deve ser aplicada quando verificada conduta reiterada do contribuinte em declarar valores muito inferiores à sua movimentação financeira sem explicação plausível que justifique a não tributação dos valores movimentados em clara demonstração de conduta dolosa.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 135, III DO CTN. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO. A aplicação e manutenção da multa qualificada não conduz, por si só, à conclusão de que os sócios ou gerentes da empresa devam ser pessoalmente responsabilizados com base no art. 135 do CTN. A simples verificação de que a pessoa jurídica declarou receita em valores inferiores aos devidamente auferidos não é suficiente para concluir pela ocorrência de conduta ilegal dos sócios da empresa.

TAXA DE JUROS SELIC. LEGALIDADE. SUMULA CARF N. 5. Dispõe a Súmula CARF que são devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Argui a d. Procuradoria da Fazenda Nacional que o acórdão embargado exonerou a multa agravada (aumento em 50% das multas aplicadas) sem que o interessado tenha impugnado especificamente esta questão nem no Recurso Voluntário, nem na Impugnação. Sequer, inclusive, teria impugnado a multa qualificada.

Ao assim proceder, a decisão embargada teria *suprimido instância*, ferido também o que denomina *princípio da dialeticidade*, e, ainda, inobservado a *preclusão administrativa*, em seu entender, inscrita nos artigos 14, 16, 17 e 42 do Decreto 70.235/72¹.

¹ Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Conclui que a decisão é omissa quanto às razões que levaram o Colegiado a conhecer da matéria e, acaso este tenha entendido poder apreciá-la de ofício, deveria ter fundamentado a decisão neste sentido, em atenção ao disposto no art. 93, inc. IX da CF/88 e nos artigos 31 e 50 da Lei 9.784/99.

Às fls. 510 e ss., a Sr^a. Presidente proferiu Despacho de Admissibilidade selecionando a questão suscitada pela d. PFN para julgamento pelo Colegiado em sede de Embargos de Declaração.

Além da questão suscitada pela PFN, acrescentou a Sra. Presidente outra questão, relacionada à obscuridade em tese da decisão que manteve a multa qualificada mas excluiu a responsabilidade tributária dos administradores.

É o relatório.

(...)

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.

(...)

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

(...)

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1201-002.984 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10314.727784/2015-21

Voto

Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, Relator.

Conhecimento

Deve ser conhecida a questão suscitada pela d. PFN, referente ao afastamento da multa agravada, assim como deve ser conhecida a questão suscitada pela Srª. Presidente, de aparente contradição no dispositivo do acórdão, como Embargos Inominados.

Embargos de Declaração

Mérito

A decisão embargada afastou o agravamento da multa (aumento em 50%) tendo em vista esta ter o mesmo motivo do arbitramento, qual seja, falta de apresentação de documentos, como se observa no trecho a seguir do voto do relator:

[Trecho extraído do voto do relator]

Das multas

No que se refere à multa agravada, em consonância com o posicionamento dominante neste Conselho, entendo que o arbitramento supriu a ausência das informações documentações requeridas, não se justificando a penalização em tal monta.

Aliás, esse é o entendimento consolidado nesta Corte nos termos **da Súmula do CARF nº 96** de enunciado:

Súmula CARF nº 96: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Apesar do art. 538 do RIR/99 dispor de forma diversa, a jurisprudência que se constrói na seara administrativa aponta para a incompatibilidade de concomitância entre o arbitramento e a aplicação da multa agravada, sob o mesmo pretexto fático.

No caso em tela, a multa fora agravada pelo fato do contribuinte não apresentar os documentos que lastrearam sua escrituração contábil. A grande questão é que a não apresentação destes documentos foi justamente o motivo para o arbitramento.

A lei define estritamente que o fato determinante para a aplicação da multa agravada é o não atendimento, no prazo assinalado, à intimação para prestar esclarecimentos (art. 44, § 2º, inciso I, da Lei nº 9430/96).

O não atendimento à intimação para apresentação de livros e documentos constitui hipótese legal de arbitramento dos lucros, não ensejando o agravamento da penalidade.

Assim, entendo deva ser cancelado o agravamento da multa.

Como se observa acima, a Turma aplicou a **Súmula CARF nº 96** ao caso e afastou o agravamento em 50% da multa aplicada.

Quanto ao fato de tê-lo feito de ofício, depreende-se ter a Turma entendido tratar-se de matéria de ordem pública. Por não existir qualquer controvérsia fática em seu conteúdo e sendo a questão também sumulada pelo CARF, a ilegalidade na aplicação da penalidade seria, no entender da Turma, flagrante, justificando, portanto, o seu conhecimento de ofício.

Questões de ordem pública podem ser conhecidas em qualquer fase processual, inclusive de ofício e exclusivamente pela 2ª. Instância. Recorro à jurisprudência do Poder Judiciário para ilustrar a questão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. **Não há que se falar em supressão de instância quando a matéria analisada caracteriza-se como de ordem pública, de modo que pode ser analisada até mesmo de ofício no segundo grau de jurisdição.**

2. Os Embargos de Declaração não têm aptidão para provocar reexame de questão já decidida no julgamento do recurso. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

(TJ-GO. Apelação Cível nº 0225892-20.2015.8.09.0051. DJ de 03.02.2017)

EMENTA: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO. ART. 13 DA LEI 8.620 /93. ART 124, II DO CTN . ARTS. 1.016 E 1.053 DO CC . INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART 135, III DO CTN . 1. Apesar de a matéria não ter sido apreciada na instância a quo e sequer suscitada pelo agravante, a legitimidade da parte é questão de ordem pública, sendo uma das condições da ação e sua ausência leva à sua extinção. Por isso, e por força do efeito translativo, o tribunal pode e deve analisá-la de ofício, em sede de agravo de instrumento, nos termos dos arts. 267 , § 3o, e 301 , § 4o do CPC.

(...)

(TRF-1. Agr. Regimental no Agr. de Instrumento nº 15612/MG2007.01.00.015612-8).

Quanto ao conceito de ordem pública, recorro à doutrina para ilustrá-lo:

O conceito de “ordem pública” é fluido e pode ser apresentado de diversas formas no ordenamento jurídico nacional, a depender do ramo do Direito a ser operado. **Trata-se de verdadeiro conceito jurídico indeterminado** a ser interpretado conforme o quadro histórico e cultural do país.

(...)

Sob a ótica do direito material, as questões de ordem pública agem na limitação da autonomia da vontade das partes, prestigiando o princípio da segurança jurídica face à inércia dos interessados, pois primam pela estabilização de situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, não comungando com a eternização de

pendências administrativas ou judiciais, bem como garantindo a previsibilidade das decisões.²

Embargos Inominados

Suscitou a Sr^a. Presidente aparente contradição no dispositivo do acórdão embargado, ao proclamar o afastamento do “agravamento da multa de ofício, reduzindo-a de 225% para 150%”.

Na verdade, a decisão embargada não apenas afastou o agravamento, como também a própria qualificação, devendo, portanto, ser reduzido o percentual da multa de 225% para 75%. Assim se verifica na ementa mesma:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 135, III DO CTN. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO.

A aplicação e manutenção da multa qualificada não conduz, por si só, à conclusão de que os sócios ou gerentes da empresa devam ser pessoalmente responsabilizados com base no art. 135 do CTN.

No voto do relator, fica explícito que, de fato, foi excluída a responsabilidade solidária atribuída ao sócio, como se observa na seguinte passagem:

“Não há nos autos qualquer evidência de tal conduta ilegal do Sr. Alberto Nacle Hamuche na condução da empresa. (...)”

Assim, diante da falta de evidência de conduta delituosa por parte do Sr. Alberto Nacle Hamuche, **afasto a responsabilidade** solidária que lhe foi imputada com base no art. 135, III do CTN.” (grifo acrescido)

Assim, deve ser retificada a parte dispositiva do acórdão para declarar a exclusão da responsabilidade tributária do Sr. Alberto Nacle Hamuche, bem como confirmar que a multa aplicada foi reduzida para 75%, em razão de terem sido afastados tanto o agravamento, quanto a qualificação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por:

- (i) Acolher os Embargos de Declaração sem efeitos infringentes para acrescentar os esclarecimentos constantes de meu voto às razões de decidir da decisão embargada;

² SILVA, Marciley Boldrini. Questões de Ordem Pública e o novo Código de Processo Civil. Revista Derecho y Cambio Social, nº 44, 2016.p. 2-3. ISSN:2224-4131

- (ii) Acolher os Embargos Inominados, sem efeitos infringentes, para retificar erro material no dispositivo quanto ao percentual da multa mantido, devendo ser reduzida de 225% para 75%, bem como para confirmar a exclusão da responsabilidade tributária do Sr. Alberto Nacle Hamuche.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira - Relator