



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10680.000632/2004-57
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9101-002.281 – 1ª Turma
Sessão de 5 de abril de 2016
Matéria Legitimidade para opor Embargos
Embargante 1ª TURMA ORDINÁRIA da 2ª CÂMARA da 1ª SEÇÃO
Interessado LIONE COMERCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA (Sucessora da MG MASTER LTDA) e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 1999

LEGITIMIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO COM PROVIDÊNCIA DE RETORNO

Não detem legitimidade para opor Embargos de Acórdão de Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) o relator da Turma Ordinária para o qual foi sorteado um processo com Acórdão de Recurso Especial da CSRF com providência de retorno.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Decisão dos membros do colegiado: Embargos não conhecidos por unanimidade de votos, com retorno dos autos à Turma *a quo*. Os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), votaram pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - *Presidente*.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal De Araujo - *Relator*.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, LUÍS FLÁVIO NETO, ADRIANA GOMES REGO, DANIELE SOUTO RODRIGUES AMADIO, ANDRE MENDES DE MOURA, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, HELIO EDUARDO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/05/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 18/05/20

16 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJ

O

Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

DE PAIVA ARAUJO (Suplente Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

A Turma ordinária decidiu o recurso voluntário em acórdão que restou vazado na seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — NULIDADE DO LANÇAMENTO - Rejeita-se preliminar de nulidade do lançamento quando não configurado vício ou omissão de que possa ter decorrido o cerceamento do direito de defesa.

MULTA ISOLADA - CSL - DECADÊNCIA — CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO - A Contribuição Social sobre o Lucro, tributo cuja legislação prevê a antecipação de pagamento sem prévio exame pelo Fisco, está adstrita à sistemática de lançamento dita por homologação, na qual a contagem da decadência do prazo para sua exigência tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (art. 150 parágrafo 40 do CTN). No caso de dolo, fraude ou simulação, desloca-se esta regência para o art. 173, I, do CTN, que prevê como início de tal prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ocorrendo a ciência do auto de infração pela contribuinte no ano de 2003, é incabível a preliminar de decadência suscitada para a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa lançada no ano-calendário de 1998.

CSL — OMISSÃO DE RECEITAS — Caracteriza a ocorrência de omissão de receitas a diferença apurada pela fiscalização no confronto entre as receitas escrituradas/declaradas com aquelas constantes dos boletins de Caixa da loja, principalmente quando a empresa não contesta a infração detectada e efetua parcelamento desses débitos fiscais no PAES.

CSL - APLICAÇÃO DA MULTA AGRAVADA — A conduta da contribuinte de não informar a totalidade de suas receitas nas declarações de rendimentos entregues ao Fisco, nem escriturá-las nos livros próprios, durante períodos consecutivos, procedimento adotado sistematicamente em todo o grupo de empresas capitaneado pela autuada, por meio de limitadores eletrônicos de emissão de notas fiscais ou cupom, além da manutenção de controles paralelos de receitas, denota o elemento subjetivo da prática dolosa e enseja a aplicação de multa agravada pela ocorrência de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

MULTA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA – A falta de recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro, calculada por estimativa com base na receita bruta, sujeita a contribuinte à imposição da multa prevista no art. 44 § 1º inciso IV da Lei nº 9.430/96.

MULTA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA — CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO ACOMPANHANDO EXIGÊNCIA DE TRIBUTO — COMPATIBILIDADE — A falta de recolhimento da CSL sobre a base de cálculo estimada por empresa que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada, de que trata o inciso IV do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. O lançamento é compatível com a exigência da contribuição apurada em procedimento fiscal, acompanhada da correspondente multa de ofício.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo.

TAXA SELIC — JUROS DE MORA — PREVISÃO LEGAL - Os juros de mora são calculados pela Taxa Selic desde abril de 1995, por força da Medida Provisória nº 1.621. Cálculo fiscal em perfeita adequação com a legislação pertinente.

MULTA DE OFÍCIO — CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO — A multa de ofício constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal.

MULTA DE OFÍCIO - RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA POR SUCESSÃO - A incorporadora somente responde pelos os tributos devidos pelo sucedido. O que alcança a todos os fatos jurídicos tributários (fato, gerador) verificados até a data da sucessão, ainda que a existência do débito tributário venha a ser apurada após aquela data. Art. 132 CTN.

Preliminares rejeitadas.

Recurso provido.

A Fazenda Nacional apresentou recurso especial por contrariedade à lei e a evidencia de provas, onde pede que seja dado provimento ao recurso para restabelecer a multa isolada no percentual de 150% sob a responsabilidade da sucessora.

Admitido o Recurso da Fazenda Nacional, o acórdão de recurso especial conheceu e lhe deu provimento, “determinando o retorno dos autos a Câmara recorrida para apreciar as demais alegações da recorrente”. O acórdão da CSRF foi assim ementado:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 1999

Ementa: MULTA DE OFÍCIO - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE SOB CONTROLE COMUM - A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, quando provado nos autos do processo que as sociedades, incorporadora e incorporadas, sempre estiveram sob controle comum de sócio pessoa física e de controladora informal.

Consta na parte final do voto do relator:

Assim conheço em parte do RE e das Contra-Razões, e no mérito dou provimento e determino o retorno dos autos à Câmara de origem ou àquela que a sucedeu para o exame das demais questões tratadas no recurso voluntário interposto.

Encaminhado o processo ao colegiado *a quo* e sorteado entre os seus membros, o relator contemplado foi o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. O referido conselheiro apresentou Embargos de Declaração abaixo transcrito:

Conforme o termo de verificação de infração de fls. ..., todo um conjunto de auditorias levou à autuação da empresa MG Master Ltda em razão de omissões praticadas por 24 (vinte quatro) empresas sucedidas. Foram 24 (vinte quatro) autuações de IRPJ e seus reflexos e 46 (quarenta e seis) autuações relativas a multas isoladas de IRPJ e CSLL (vinte e três para cada tributo). Só uma das empresas incorporadas não sofreu autuação de multas isoladas por adotar o regime do lucro presumido.

O presente feito é uma dessas quarenta e seis autuações de multa isolada e está relacionado com uma das vinte e quatro autuações de CSLL e seus reflexos. É, portanto, similar a várias dezenas de outros, dos quais vários nos foram distribuídos por retorno determinado pela Câmara Superior.

Por meio do acórdão ..., a extinta Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte havia dado provimento integral ao recurso voluntário ..., sob o fundamento de ilegalidade da aplicação de multa de ofício na sucessora.

Já a Câmara de Superior de Recursos Fiscais ao analisar o recurso especial da Fazenda Nacional, deulhe provimento por meio do acórdão ... sob o fundamento de ser legal a aplicação de multa de ofício, uma vez comprovado nos autos que ambas as sociedades sucessora e sucedida sempre estiveram sob controle comum, e determinou o retorno dos autos à “Câmara de origem ou àquela que a sucedeu para o exame das demais questões tratadas no recurso voluntário interposto”.

Ao compulsarmos o voto condutor do acórdão ..., entendemos que todas as questões suscitadas no recurso voluntário foram enfrentadas pelo relator, que negava provimento ao recurso voluntário. Abaixo, as relacionamos:

- a) decadência; neste ponto, o acórdão considerou caracterizado o evidente intuito doloso da conduta delitiva;
- b) nulidade em razão de sua lavratura em separado;
- c) multa na sucessora;
- d) adesão ao PAES e suspensão do crédito tributário;
- e) falta de base legal e constitucional para a aplicação de juros à taxa SELIC;
- f) concomitância da multa isolada com a multa de ofício; e
- g) caráter confiscatório da multa.

Foi o voto de divergência, porém, que prevaleceu.

Poderíamos supor, então, que alguns pontos constantes do voto vencido teriam sido prejudicados pelo voto vencedor. Neste, porém, há a seguinte afirmação:

Inicialmente gostaria de enaltecer a clareza do relatório e profundidade do voto proferido [...] peço vênia para dele discordar somente quanto a aplicação da multa isolada nos casos de incorporação [...]

Ademais, todos os pontos suscitados pela defesa, inclusive aqueles que poderiam ter sido prejudicados, constam da ementa, como a concomitância com a multa de ofício.

Dessarte, não identificamos nenhuma questão suscitada pela defesa a ser enfrentada, o que nos levou à conclusão de ter havido supostamente contrariedade ou omissão do acórdão

Só haveria a redução passível de iniciativa de ofício do patamar sancionador de 150% para 50% em razão das alterações supervenientes da redação do art. 44 da Lei 9.430/96.

Por todo o exposto, interpomos embargos de declaração com o fito de se sanear a contrariedade ou a omissão do acórdão ... para se esclarecer quais questões devem ser enfrentadas por esta turma.

Encaminhado o processo à Primeira Turma da CSRF, os Embargos foram admitidos por despacho do Presidente da CSRF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo

Preliminarmente, há uma questão a ser respondida, qual seja: se um relator de Turma Ordinária que recebeu um processo com decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) determinando o retorno a turma *a quo* poderia, ou não, embargar esse Acórdão, visando esclarecer os contornos e limites do retorno.

O tema ganha relevância, pois estar-se-á a definir a autonomia da decisão da Câmara Superior, se é possível a interpretação autêntica ou se sua interpretação deverá ser avaliada pela turma ordinária que lhe dá cumprimento.

O art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, apresenta, em seu parágrafo primeiro, o seguinte rol de legitimados para oposição de Embargos de Declaração (vale ressaltar que essa redação era a mesma existente no Regimento Interno anterior, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, e com redação dada pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010):

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão:

I - por conselheiro do colegiado, inclusive pelo próprio relator;

II - pelo contribuinte, responsável ou preposto;

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;

IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões;
ou

V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão.

A partir dos regramentos transcritos, pode-se discutir o enquadramento nos incisos I e V.

a.1) Ao se eleger como legitimado o ‘conselheiro do colegiado’, é defensável que o termo ‘colegiado’ acima envolva a turma de julgamento que tem interesse no que está sendo decidido; assim, poder-se-ia defender que estariam aí os conselheiros do colegiado que julgará o retorno da decisão da CSRF. Não obstante, também é defensável que o colegiado abrange apenas a turma prolatora do acórdão (ainda mais com o acréscimo que se fez no atual regimento interno incluindo a expressão “inclusive pelo próprio relator”).

a.2) A tradição da Casa entende que a segunda alternativa é a mais apropriada, a ela me alio, sob pena de abrir um precedente que poderia evoluir no sentido de que nesse dispositivo caberiam todos os colegiados do Conselho (tendo em vista a subjetividade do que seria um colegiado que tem interesse no julgamento); o que, evidentemente, não é o que desejou o legislador do regimento interno.

b.1) Em se tratando do titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão, poder-se-ia interpretar que a turma *a quo* poderia ocupar a posição de unidade da administração tributária e que esse “titular” poderia, por analogia, ser o relator ou o Presidente (nesse caso, faleceria competência no caso concreto, pois os Embargos não foram subscritos pelo Presidente), já que é natural pensar que a turma para o qual o processo retornou está “executando” o acórdão.

b.2) Mais uma vez, reconhecendo a engenhosidade da alternativa de interpretação, sigo a prática reiteradamente observada pelas autoridades administrativas (art. 100, III, do Código Tributário Nacional) ou a tradição, sem adentrar no campo do direito administrativo que conceituaria “unidade da administração tributária”, para rejeitar a possibilidade e continuar entendendo que o inciso V do art. 65 está apenas voltado para a unidade preparadora.

A Portaria MF nº 197, de 23 de abril de 2015, dispôs sobre consulta pública relativa a alterações a serem promovidas no Regimento Interno do CARF. Confirmam-se alguns de seus dispositivos:

Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) realizará consulta pública com o objetivo de receber contribuições por escrito para aperfeiçoamento do Regimento Interno do órgão, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

...

§2º A minuta de Regimento Interno do CARF objeto da consulta será disponibilizada no endereço eletrônico referido no § 1º, acompanhada da exposição de motivos, com indicação dos objetivos institucionais que se pretende alcançar com a nova regulamentação.

§3º A apresentação das sugestões, a ser efetivada por meio de formulário próprio disponível juntamente com a consulta, deverá atender à seguinte estrutura:

I - redação proposta para artigo, parágrafo, inciso, alínea ou item a que se refira; e

II - justificativa para cada item da proposta, que demonstre a pertinência e o atendimento dos objetivos institucionais.

§ 4º As contribuições deverão ser enviadas por meio de correio eletrônico para o endereço ricarf_Consulta@carf.fazenda.gov.br, com anexação do formulário próprio de que trata o § 3º.

Art. 2º As sugestões recebidas e que atenderem ao disposto no § 3º do art. 1º poderão ser consideradas total ou parcialmente na definição do texto do novo regimento.

Parágrafo único. O CARF publicará em seu sítio na internet relatório com as justificativas das sugestões não acatadas.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Com base nesta louvável¹ iniciativa do CARF para o aperfeiçoamento de seu regimento interno, apresentei a proposta de nº 128 com quatro sugestões de mudanças, entre elas estava a seguinte inovação:

Novo inciso no parágrafo 1º do art. 65:

VI – por relator de turma ordinária, relativamente à decisão da CSRF com providência de retorno a turma *a quo*, considerando-se a ciência como a indicação para o processo em pauta.

Na oportunidade, motivei da seguinte forma:

Há casos de acórdãos da CSRF que decidem com retorno a turma ordinária, mas não é possível identificar exatamente qual a providência que a turma ordinária deverá tomar. Assim, faz-se necessário que o relator desses acórdãos nas turmas ordinárias tenha competência para embargar a decisão da CSRF.

Poderia ser utilizado o inciso I, mas esse é voltado apenas ao colegiado no qual o acórdão é proferido.

Também poderia ser utilizado o inciso V, entendendo-se o presidente de turma como titular da unidade da administração tributária para execução do acórdão, ou seja, a turma a quo estaria “executando” o acórdão, mas também essa interpretação é questionável.

O CARF justificou o não acatamento afirmando que:

Se, após passar por todas as autoridades que têm legitimidade para embargar, ninguém que tomou ciência desta decisão da CSRF embargou, o relator do processo nessas hipóteses irá decidir com os elementos de que dispõe nos autos.

Verifica-se que, embora a motivação do não acatamento tenha sido bem sucinta, foi suficientemente clara em delegar ao relator o poder de interpretar a decisão da CSRF (superando omissões/contradições/obscuridades como bem entender - caso não as leve a julgamento ou não sejam identificadas pelos outros Conselheiros – ou apresentando propostas de saneamento – caso decida levá-las a julgamento), submetendo-a a seu juízo prévio.

A partir do estudo dos “anais” de elaboração do regimento interno, pode-se concluir que foi dada oportunidade ao legislador regimental enfrentar a disciplina da questão e, em tendo este se manifestado no sentido de não acolher a modificação proposta, me permito extrair uma interpretação **histórica** com a seguinte orientação: nos atuais incisos do art. 65 não há guarida para se incluir entre o rol dos legitimados o relator da Turma Ordinária para o qual foi sorteado um processo com Acórdão de Recurso Especial da CSRF com providência de retorno; estando,

¹Do que tenho notícia foi a primeira vez que um Tribunal resolveu escutar a sociedade civil ao tratar da sua lei orgânica, estão de parabéns as autoridades que assim decidiram!

portanto, afastadas as duas possíveis interpretações a que já fiz menção ao tratar dos incisos I e V.

Assim, por todo o exposto, o relator deverá interpretar a decisão da Turma da CSRF que determina o retorno para determinada turma ordinária e, caso encontre omissões/contradições/obscuridades, levá-la-ás a julgamento da turma, como foi feito no julgamento que restou no Acórdão nº 1201001.173, sessão de 04/03/2015, da qual participei, onde os contornos da decisão da Turma da CSRF foram dados pela decisão da Turma Ordinária do CARF, conforme se pode perceber da parte dispositiva do acórdão, abaixo transcrito:

“... os membros do colegiado, por unanimidade de votos, ACOLHERAM a preliminar de decadência de janeiro a novembro de 1997; por maioria de votos, AFASTARAM a preliminar de decadência de dezembro de 1997, vencidos os Conselheiros Rafael Correia Fuso e Luis Fabiano Alves Penteado, que o acompanhou pelas conclusões; **por unanimidade de votos, ENTENDERAM que a decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão nº 9101000.702, de 08/11/2010, não alcança a COFINS**; por unanimidade de votos, DECLARARAM a nulidade material dos autos de infração dos anos-calendário de 1997 a 2000; e, por unanimidade de votos, DERAM provimento ao recurso voluntário dos anos-calendário de 2001 a 2003.”

Nesse sentido, voto por NÃO ACOLHER os Embargos de Declaração, por ausência de legitimidade ativa do Conselheiro que os opôs, e determinar o retorno dos autos a Turma *a quo*.

Esse é o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO - Relator