



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10825.723097/2014-96
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-005.457 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 12 de maio de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigmas, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária. Seja para manter a qualificadora, seja para manter a responsabilidade tributária de sócios-administradores, os paradigmas não se coadunaram com os aspectos fáticos do recorrido, o que inviabiliza o cotejo das decisões para a comprovação das divergências. E a falta de comprovação de divergência impede o processamento do recurso especial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano, e quanto à primeira matéria, os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Caio Cesar Nader Quintella acompanharam por fundamentos diversos.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

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, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) contra o Acórdão n.º 1402-002.745, de 19/09/2017.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

NULIDADES. OMISSÃO DE RECEITAS. ERRO DE CAPITULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO NA INTIMAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Sendo lavrado auto de infração com correto enquadramento legal relacionado a omissão de receitas, atendendo a todos os requisitos exigidos pela legislação fiscal, não há que prosperar a alegação de erro de capitulação, recaindo, neste caso, ônus da prova sobre o contribuinte. Menos cabível a alegação de erro na identificação do sujeito passivo quando suficientemente comprovado nos autos que a conta bancária fiscalizada pertence ao sujeito passivo autuado. Não há vício na intimação quando o Fisco formaliza tal ato respeitando todos os trâmites legais.

SIGILO BANCÁRIO. OMISSÕES DE RECEITAS. ACESSO LEGITIMADO.

As informações bancárias obtidas pela fiscalização por intermédio da requisição de movimentação financeira junto a instituição financeira são idôneas e protegidas pelo sigilo fiscal. A Lei Complementar n.º 105/2001 legitima o fornecimento de informações relacionadas ao sujeito passivo sob fiscalização, quando a autoridade fiscal entender que o exame de tais informações é indispensável para o deslinde da controvérsia, afastando, portanto, a alegação de quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. PAGAMENTO. NÃO IDENTIFICADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Tratando-se justamente de lançamento de "Omissão de Receita", não podendo ser identificados nos autos prova de pagamento do tributo exigido, ainda que parcial, não é possível a aplicação do artigo 150, §4º, do CTN. Sendo cabível a contagem decadencial proporcionada pelo artigo 173, do mesmo diploma fiscal.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA. NÃO CABIMENTO.

Não comprovado o dolo evidente capaz de ensejar a qualificação da multa por intermédio de fraude, sonegação ou conluio, tampouco havendo embaraço a fiscalização, não devem prosperar a qualificação e agravamento da multa.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF n.º 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica atuada para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% e dar provimento aos recursos voluntários dos coobrigados para excluí-los da relação jurídico-tributária.

O presente processo tem por objeto lançamento para exigência de IRPJ e tributos reflexos (CSLL, PIS e COFINS) sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2009.

A autuação fiscal decorreu da constatação de valores creditados na conta corrente n.º 7351 da agência 0075 do Banco Itaú, os quais não foram contabilizados, e cuja origem também não foi comprovada, o que ensejou a aplicação da presunção legal de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei n.º 9430/1996.

Foi aplicada a multa qualificada de 150%, e ainda imputou-se responsabilidade tributária às seguintes pessoas: Martino Mondelli, Antonio Mondelli, Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli e Gennaro Mondelli Filho.

Examinando as defesas dos sujeitos passivos, a decisão de primeira instância manteve as exigências e os vínculos de responsabilidade tributária.

Já a decisão de segunda instância, acórdão ora recorrido, deu provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica atuada para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, e também deu provimento aos recursos voluntários dos coobrigados para excluí-los da relação jurídico-tributária.

Nesta fase de recurso especial, a PGFN busca o restabelecimento tanto da multa qualificada, quanto da responsabilidade dos coobrigados.

Foi dado seguimento ao recurso, conforme despacho exarado em 30/05/2018 pelo então Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

A contribuinte atuada e os coobrigados foram cientificados do Acórdão n.º 1402-002.745, do recurso especial da PGFN e do despacho que deu seguimento a esse recurso, e a maioria deles apresentou contrarrazões.

A ciência da contribuinte atuada se deu em 10/08/2018, e as contrarrazões foram apresentadas tempestivamente em 24/08/2018.

A ciência de Martino Mondelli (espólio) se deu em 15/08/2018, e as contrarrazões foram apresentadas tempestivamente em 27/08/2018.

José Mondelli foi cientificado em 03/10/2018. Antonio Mondelli e Constantino Mondelli, em 15/08/2018 (quarta-feira). E esses três coobrigados apresentaram contrarrazões conjuntamente, em 03/09/2018.

Nesse último caso, a apresentação tempestiva é apenas a de José Mondelli. Para Antonio Modelli e Constantino Modelli, o prazo de contrarrazões encerrou-se em 30/08/2018, antes, portanto, da apresentação das contrarrazões.

Em suas contrarrazões, a contribuinte questiona a admissibilidade do recurso especial, em face da súmula 14, bem como alega não haver contemporaneidade em relação aos paradigmas apresentados, tendo em vista a edição da súmula citada. Ou seja, Para ser considerado paradigma, não basta haver divergência entre os julgados, é preciso que as regras aplicadas aos casos sejam existentes à época;

Alega a contribuinte que, no caso em tela, os paradigmas mencionados pela Fazenda são do ano de 2008 e a Súmula 14 do CARF editada no ano de 2009, sendo a auto de infração lavrado em 2014.

Aduz, ainda, que as súmulas 14 e 25 do CARF, conforme já mencionado acima, foram editadas no ano de 2009, ou seja, um ano após os julgamentos dos recursos utilizados pela Fazenda como paradigma (Acórdão n.º. 101-96.668 e Acórdão n.º. 101-96.757) de decisão divergente.

No tocante às contrarrazões apresentadas por JOSÉ MONDELLI, estas contrapõem-se à tese da PGFN, no sentido de que somente é possível sustentar a sujeição passiva solidária por interesse comum nos lançamentos fiscais, se a autoridade fiscal demonstrar que os sujeitos passivos praticaram conjuntamente o fato gerador ou desfrutaram de seus resultados em caso de fraude. E, no que é pertinente à atribuição da responsabilidade tributária com supedâneo no artigo 135, III, do CTN, também entende não subsistir razão para a sua manutenção, sendo de rigor a improcedência do Auto de Infração nesse particular.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

Inicialmente, entendo que não há condições para se conhecer do recurso.

Conforme mencionado no relatório, a PGFN suscitou divergência jurisprudencial quanto às seguintes matérias:

- DA MULTA DE 150% (omissão de parcela significativa de receitas);
- DA MULTA DE 150% (prática reiterada da infração); e
- DA RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ART. 135, III, DO CTN.

O motivo para o afastamento da multa qualificada e da responsabilidade dos coobrigados (com exceção de Martino Mondelli) foi o mesmo, ou seja, a falta de comprovação de dolo na infração praticada.

A PGFN apresentou dois paradigmas para cada matéria.

No caso da responsabilidade tributária, apenas o segundo paradigma foi considerado apto a comprovar a divergência.

Desse modo, temos 5 paradigmas para 3 divergências que, de certa forma, estão bem entrelaçadas (Acórdãos paradigmas n.ºs. 101-96.668, 101-96.757, 107-09.267, 9101-001.002 e 1302-00.458).

Mas a razão para o não conhecimento do recurso não é a alegada nas contrarrazões.

O fato de o acórdão recorrido ter invocado a Súmula CARF n.º 14 não configura o óbice para a admissibilidade do recurso que está previsto no §3º do art. 67 do Anexo II do RICARF.

Nesse sentido, a primeira observação é que os cinco paradigmas que serviram para a admissibilidade do recurso foram proferidos já no contexto da Súmula n.º 14 do 1º Conselho de Contribuintes, de modo que não se sustenta a alegação de que os paradigmas foram exarados num cenário jurídico anterior e diferente, diante de outras regras, etc.

O acórdão recorrido e os paradigmas foram proferidos diante do mesmo contexto jurídico, de modo que o contexto jurídico não é obstáculo para o cotejo das decisões.

E a citação expressa da referida súmula pelo acórdão recorrido também não obsta a admissibilidade porque o que está em questão no recurso é o problema da omissão de parcela significativa das receitas e da reiteração de conduta, questões que não foram tratadas pelos precedentes da referida Súmula 14.

Ou seja, a discussão trazida pela PGFN não está abarcada na referida súmula, e nem é solucionada por ela, razão pela qual não cabe a aplicação do §3º do art. 67 do Anexo II do RICARF.

O problema para a admissibilidade do recurso é de outra natureza, porque diz respeito à própria comprovação das divergências.

É que todos os cinco paradigmas referidos acima, seja para manter a qualificadora, seja para manter a responsabilidade tributária de sócios-administradores, deram ênfase ao fato de que **a omissão de receitas abrangia parcela significativa das receitas, e fizeram isso sempre adotando um critério de proporção entre a receita omitida e a declarada.**

Nesse sentido, pontuo os seguintes aspectos em relação aos paradigmas, tendo em conta tratar-se o recorrido de omissão de receitas em face da presunção legal do artigo 42 da Lei n. 9.430/1996, em face de o fisco ter constatado valores creditados na conta corrente n.º 7351 da agência 0075 do Banco Itaú, os quais não foram contabilizados, e cuja origem também não foi comprovada. Neste sentido, faz-se mister analisar os fatos dos paradigmas:

- a) Quanto à divergência sobre a qualificação da multa de ofício em razão da omissão de receitas significativa:

No que tange ao 1º paradigma (acórdão 101-96.668), as receitas omitidas chegam a **50% das receitas** declaradas. Contudo, a situação aventada no paradigma diz respeito à omissão de receitas representadas por receitas declaradas pelas companhias seguradoras em suas DIRFs e que não foram registradas em sua contabilidade. Contexto fático totalmente diverso do que se verifica do recorrido;

Já o 2º paradigma (acórdão 101-96.757) revela que valores contabilizados **não chegam a 10% das receitas auferidas** – ou seja, as **receitas omitidas são mais que 90%** das receitas auferidas, diferentemente do recorrido, a falta de contabilização das receitas omitidas tinha a monta de **15% em relação às receitas declaradas**, apesar do conjunto fático ter semelhança; e mais, o paradigma trata ainda de dissolução irregular da pessoa jurídica perante a RFB, responsabilizando os sócios-gerentes por conta deste evento, sofrendo ainda o arbitramento do lucro, em face da escrituração imprestável.

- b) No que pertine à divergência acerca da qualificação da penalidade tendo em conta a prática reiterada, a PGFN trouxe dois paradigmas:

O acórdão n. 107-09.267, que trata da hipótese de lucro presumido, diferenças entre valores de receitas constantes da escrituração fiscal e os declarados à RFB, ou seja, o contribuinte declarou a menor do que o registrado em seu livro de saída de mercadorias e nas GIAS de ICMS, sendo, portanto, matéria fática distinta da que consta dos autos, independente de o período da reiteração da infração ter sido em um ano-calendário ou 12 meses, em ambos os casos. Ou seja, o contexto fático a que se chegou na conclusão da multa qualificada por prática reiterada é dessemelhante do que se trata o recorrido.

Também da mesma forma verifica-se do segundo paradigma (acórdão 9101-001.002), que traz como pano de fundo o confronto entre a DIPJ e a DCTF, apresentadas em valores zerados durante os anos de 2000 e 2001, diferentemente do recorrido, em que houve RMF e traz como fundamento a presunção legal do artigo 42 da Lei n. 9.430/1996.

Portanto, os contextos, seja para confirmar a multa qualificada por consta da significância, seja pelo aspecto da prática reiterada, entre recorrido e paradigmas devem ser semelhantes. Na verdade, não se consegue no teste de aderência inferir como os colegiados paradigmáticos decidiriam diante dos fatos trazidos no recorrido.

Vale dizer ainda que no caso do acórdão recorrido, a contribuinte declarou receitas anuais de 247 milhões de reais (conforme DIPJ às e-fls. 3216 a 3272), e deixou de contabilizar ingressos de 15 milhões (conforme tabela constante do próprio acórdão recorrido), de modo que as receitas omitidas giram em torno de **6% das receitas declaradas**.

Só seria possível visualizar as divergências alegadas entre o acórdão recorrido e os paradigmas, se o recorrido tivesse analisado situação fática que **guardasse semelhança** com aquelas que foram analisadas pelos paradigmas, especificamente nesse aspecto que foi considerado fundamental por aquelas outras decisões, mas isso não ocorreu.

E, neste sentido, quanto à omissão de receita em ambos os fundamentos trazidos pela PGFN, não conheço do recurso especial.

- c) No tocante à divergência interpretativa acerca da imputação da responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, temos a seguinte situação:

O paradigma 1102-001.017 foi descartado no despacho de admissibilidade, sem contestação em sede de agravo por parte da recorrente, razão pela qual o especial não deve ser conhecido com base neste paradigma.

Quanto ao paradigma 1302-000.458, também verifico contextos fáticos bem distintos. Veja-se:

No recorrido, reitera-se, os fatos trazidos para exame estão calcados na infração de omissão de receita significativa, em razão de uma conta corrente não contabilizada, cuja origem não havia sido comprovada, com utilização de RMF, e o paradigma trata de exame junto à escrituração do ICMS, bem como a não apresentação pelo contribuinte da sua escrituração completa, que ensejou o arbitramento de lucro. Além disso, examinando-se o paradigma verifica-se que o fundamento para qualificação da multa centrou-se no fato de que o contribuinte não recolheu nem declarou em DIPJ/DCTF os tributos devidos de forma reiterada. E no que toca à responsabilidade tributária, traz o paradigma que:

“Constatou a fiscalização que a contribuinte tem como sócios o sr. (...) detentor de 99% do capital social e (...) com 1% do capital social. Por sua vez, na procuração pública de fls. 44, a contribuinte nomeou e constituiu como procuradores com amplos poderes para gerir os negócios da outorgante os srs. (...), tendo sido a procuração lavrada em 13/07/2005.”

“Fica evidente que o sócio gerente, de forma consciente, pois não se pode admitir que o sócio, diante de uma receita de mais de R\$ 50 milhões sem escrituração contábil, sem apresentação de DIPJ e, em especial sem o pagamento ou confissão de qualquer tributo federal, possa alegar que desconhecia tais situações e que não houve o elemento subjetivo da vontade consciente da prática de tais atos.”

No Termo de Verificação Fiscal do acórdão recorrido aduz a fiscalização que:

*“Tendo em conta que a **informação em DIPJ de receita bruta** não considerou o valor correspondente às **receitas omitidas** e, como consequência, a **apuração, declaração e recolhimento de tributos e contribuições em importância inferiores às devidas constituem a prática de atos de infração de lei**, serão arrolados como pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário constituído por auto de infração as pessoas físicas acima identificadas, ao amparo do que dispõe o artigo 135, incisos II e III da Lei n. 5.172/1966 – CTN...”* (grifei)

Ou seja, verifico que, a imputação da responsabilidade tributária no contexto entre recorrido e paradigma está calcada em situações diferentes. Outra vez, não tenho como aferir a forma pela qual o colegiado do paradigma decidiria diante da situação aventada no acórdão recorrido.

Neste sentido, também, quanto à responsabilidade tributária o especial não deve ser conhecido.

Assim, não conheço do recurso especial interposto pela PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob