



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10830.003663/2011-28
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3403-003.156 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria AI-PIS E COFINS
Embargante TUX DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA (SIDONIO VILELA GOUVEIA)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2005 a 30/09/2008

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO.

Os embargos de declaração se prestam ao questionamento de obscuridade, contradição ou omissão em acórdão proferido pelo CARF. Não identificadas a obscuridade, a contradição ou a omissão, incabíveis os embargos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração. Esteve presente ao julgamento o Dr. Diego Sattin Vilas Boas, OAB/SP nº 159.846.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Alexandre Kern, Ivan Allegretti, Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista.

Relatório

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

Autenticado digitalmente em 26/08/2014 por ROSALDO TREVISAN, Assinado digitalmente em 03/09/2014 por

ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 26/08/2014 por ROSALDO TREVISAN

Impresso em 16/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tendo sido proferido no processo nº 10830.003663/2011-28 o Acórdão nº 3403-002.434, de 24/09/2013 (referente a recursos voluntário e de ofício - fls. 3169 a 3212¹), foram cientificados a Fazenda e os **sujeitos passivos** de seu teor (Fazenda - fl. 3214, em 06/11/2013; empresa **Tux Distribuidora de Combustíveis LTDA** - fl. 3266, em 17/12/2013; empresa **Alfa Participações e Empreendimentos LTDA** (esta excluída do polo passivo pela DRJ, mantendo-se o resultado no CARF - fl. 3258, em 05/12/2013; empresa **Beta Participações e Empreendimentos LTDA** - fl. 3264, em 05/12/2013; empresa **Tamboril Participações e Empreendimentos LTDA** - fl. 3260, em 04/12/2013; **Sr. Adriano Rossi**, - fl. 3262, em 05/12/2013; e **Sr. Sidônio Vilela Gouveia**, - fl. 3267, em 06/12/2013).

A ementa do Acórdão embargado dispõe:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/05/2005 a 30/09/2008 NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Improcedente a alegação de cerceamento de defesa, assim como a de violação ao contraditório e ao devido processo legal, no caso de não se apontar nos autos qualquer mácula que tenha ensejado a impossibilidade de defesa de qualquer dos responsáveis, em qualquer fase do contencioso, tendo todos estes apresentado regularmente suas defesas em primeira e em segunda instâncias, tendo seus argumentos apreciados.

ESCUTA TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE.

É válida a prova carreada aos autos decorrente de escuta telefônica se a coleta e o repasse à RFB das informações derivadas da escuta forem judicialmente autorizados.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são as previstas no art. 151 do CTN. No caso de ação judicial, não havendo, ao tempo da autuação nenhuma medida concessiva em juízo (sendo todas as decisões denegatórias à recorrente, e todos os recursos recebidos com efeito devolutivo), não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito.

ÔNUS PROBATÓRIO. DISCORDÂNCIA DO IMPUGNANTE/RECORRENTE EM RELAÇÃO AOS VALORES POR ELE PRÓPRIO DECLARADOS.

Apurando o impugnante/recorrente que os dados que declarou ao Fisco (e foram utilizados na autuação) são incorretos, é seu dever retificar tais dados, justificando o porquê das incorreções.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

A responsabilidade solidária de que tratam os arts. 124 e 125 do CTN não se confunde com a responsabilidade pessoal de que trata o art. 135, III do código, e requer prova do interesse comum, que não se constitui necessariamente em uma transferência patrimonial.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a qualificação da multa de ofício a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430/1996 se configurada situação prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/1964.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ADMINISTRATIVA.

Conforme a Súmula CARF nº 2, este tribunal administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (no caso, a Lei nº 9.430/1996, art. 44).

DECADÊNCIA. DOLO. SONEGAÇÃO.

Caracterizada a situação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 (na qual o dolo é elemento presente), inaplicável a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN, devendo a contagem respeitar o disposto art. 173, I do mesmo código, conforme Súmula CARF nº 72.”

Apresentaram embargos ao referido acórdão inicialmente o Sr. **Adriano Rossi** (fls. 3270 a 3293) e a empresa **Beta Participações e Empreendimentos LTDA** (fls. 3296 a 3313), ambos os embargos com data de protocolo de 09/12/2013, e ambos rejeitados unanimemente por esta turma em 27/03/2014 (Acórdão nº 3403-002.879).

Conforme despacho de fls. 3323/3324, para dar seguimento ao julgamento em relação aos embargantes, a unidade local criou um novo número de processo - nº 10830.720435/2014-69 (que corresponde aos autos onde foram julgados estes dois embargos inicialmente interpostos), prosseguindo a cobrança em relação aos demais sujeitos passivos com base no processo original (presentes autos - nº 10830.003663/2011-28).

A empresa **Tux Distribuidora de Combustíveis LTDA** apresenta embargos intempestivamente, como se registra no Despacho nº 3400-120 (fls. 3364 a 3366). De tal despacho tomam ciência os seguintes sujeitos passivos: empresa **Tux Distribuidora de Combustíveis LTDA** - fl. 3406, em 04/06/2014; empresa **Beta Participações e Empreendimentos LTDA** - fl. 3398, em 23/05/2014; empresa **Tamboril Participações e Empreendimentos LTDA** - fl. 3400, em 23/05/2014; **Sr. Adriano Rossi**, - fl. 3402, em 23/05/2014; e **Sr. Sidônio Vilela Gouveia**, - fl. 3404, em 26/05/2014.

Às fls. 3408/3409 consta petição do **Sr. Sidônio Vilela Gouveia**, na qual este alega que os embargos tempestivos por ele interpostos não foram analisados pelo CARF. E, para comprovar o alegado, anexa os referidos embargos (fl. 3423 a 3452) e a prova de envio pelos correios, com recebimento no CARF em 17/12/2013 (fl. 3421).

Nos embargos ao Acórdão nº 3403-002.434, de 24/09/2013, alega, em síntese, o **Sr. Sidônio Vilela Gouveia**, que houve as seguintes “contradições e omissões”: violação aos limites objetivos do MPF-F (contradição com disposições legais e omissão em relação à Súmula Vinculante 14 do STF); preterição do direito de defesa; e responsabilização solidária indevida (no que se refere à necessidade de obtenção de benefício financeiro e a erro de fundamento, repisando provas existentes nos autos).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

Compulsando os autos, percebo que os embargos agora juntados, apesar de não constarem dos autos até maio de 2014, registram data de recebimento no CARF em 17/12/2013 (fl. 3421), e postagem em 13/12/2013 (fl. 3422). Tendo a ciência do acórdão embargado ao sujeito passivo ocorrido em 06/12/2013 (fl. 3267), concluo que os embargos de declaração foram interpostos com respeito ao prazo previsto no § 1º do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno deste CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, passando a analisá-los quanto aos demais requisitos de admissibilidade.

Os embargos sustentam ter havido “contradições e omissões” no Acórdão nº 3403-002.434, de 24/09/2013, mas a maior parte da argumentação é, de fato, voltada a rediscutir no mérito a matéria apreciada pelo colegiado, distorcendo a utilização do instituto dos embargos.

As discussões em relação a eventual violação aos limites objetivos do MPF, por exemplo, estão cristalinamente presentes no voto condutor do acórdão embargado, não se apresentando nenhuma indicação de qual dispositivo legal teria sido violado:

“É recorrente nos recursos voluntários apresentados a argumentação pela nulidade da autuação.

*O primeiro argumento utilizado para sustentar a nulidade é a irregularidade do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). A empresa **Tamboril** e seu administrador (Sr. **Sidônio Vilela Gouveia**) afirmam que a validade dos atos da fiscalização deve obediência à Portaria RFB nº 11.371/2007 e não à Portaria nº 2.284/2010. Afirmam ainda que a fiscalização foi efetuada sem que a empresa **Tamboril** tivesse ciência dos procedimentos fiscais, ou pudesse acompanhá-los e sobre eles se manifestar.*

*É de se destacar que os procedimentos de fiscalização normatizados pela Portaria RFB nº 11.371/2007 não constituem contencioso administrativo, e que a empresa na qual a fiscalização inicialmente foca sua atividade é a **Tux**. A análise da relação de tal empresa com outras empresas e pessoas físicas, surgida no contexto da fiscalização, não macula o procedimento inicial, voltado à **Tux**, ou o MPF inicialmente emitido. A Portaria RFB nº 11.371/2007 não trata objetivamente da pluralidade de sujeitos passivos, matéria que somente vem a ser posteriormente minuciada na Portaria nº 2.284/2010 (que antecede a autuação, e o contencioso administrativo). E tal Portaria nº 2.284/2010, em seu art. 2º, § 2º, expressamente afirma que não será exigido MPF para os responsáveis.*

Ademais, ainda que, ad argumentandum, se admitisse que anteriormente à Portaria nº 2.284/2010 seria necessária a emissão individualizada de MPF para cada responsável identificado ao longo do procedimento fiscal (determinação essa que não consta expressamente em nenhuma norma), continuaria não havendo que se falar em nulidade, visto que o MPF é ato interna corporis, como vem entendendo este CARF:

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O MPF é ato interna corporis de controle interno e eventuais vícios são consideradas meras irregularidades, que não têm efeito de contaminar de nulidade o crédito constituído pelo lançamento de ofício.”² NULIDADE. IRREGULARIDADES NA EMISSÃO DE MPF. INOCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal é simples instrumento de controle interno da Administração Tributária, não se constituindo em elemento essencial de validade do correspondente auto de infração. Também aí entende-se pertinente o posicionamento do julgador a quo, que esclareceu que o MPF é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades fiscais, e eventuais irregularidades em seu trâmite não invalidam o auto de infração decorrente do procedimento fiscal relacionado.³ Improcedente, assim, a argumentação de que deveria ter sido emitido MPF individualizado para cada responsável, ou mesmo que a ausência de ciência a responsável ensejaria a nulidade da autuação.

A nulidade restringe-se às hipóteses elencadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 (incompetência e preterição do direito de defesa).

Em relação ao cerceamento de defesa há várias alegações dos diversos recorrentes (...) a Beta, a Tamboril e o Sr. Sidônio Vilela Gouveia afirmam que a notificação da autuação (e/ou do procedimento fiscal) ocorreu somente à empresa Tux, tendo os demais sujeitos do polo passivo tomado conhecimento dos autos de forma não oficial.

É de se destacar que a autuação explicita seu enquadramento legal e descreve detalhadamente as condutas imputadas, tendo dela sido cientificados todos os responsáveis, que tiveram pleno acesso à íntegra dos autos, e exerceram todos regularmente seu direito de defesa, em primeira e em segunda instância. Não se vê mácula, destarte, também nesse aspecto, tendo a todos os que figuram no polo passivo da autuação sido assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A empresa Tux alega ainda cerceamento de defesa no julgamento de primeira instância, afirmando que o julgador a quo não enfrentou todos os pontos em discussão, como: a) a regularidade das operações comerciais da empresa; b) a regularidade da representação contábil e administrativa; c) a regularidade e legitimidade da discussão judicial; d) a imprestabilidade da prova constituída - transcrições telefônicas; e) o cerceamento da defesa; f) a decadência em relação aos períodos de maio de 2005 a março de 2006; e g) o montante das contribuições devidas, em relação a vendas canceladas,

² CARF, Acórdão 1801-001.018, 3a Turma Especial, 1a Seção, Rel. Cons. Carmen Ferreira Saraiva, unanimidade, Sessão de 10.mai.2012.

³ CARF, Acórdão 1401-000.740, 4a Câmara, 1a Seção, Rel. Cons. Fernando Luis Gomes de Matos, unanimidade, Sessão de 15.mar.2012.

devoluções e operações entre congêneres, e a pagamentos e depósitos efetuados.

No entanto, a simples leitura do acórdão de primeira instância revela que todos os tópicos narrados foram objeto de tratamento (embora não tenha sido acolhida a tese da defesa). É preciso esclarecer, entretanto, que não acolher a tese da defesa difere de ignorar a tese da defesa. A não acórdância do julgador a quo com a argumentação exposta pela defesa de que as operações eram regulares, etc. não pode ser confundida com a recusa em analisar a matéria. Ademais, os itens destacados são explicitamente analisados na defesa (ilustrativamente, o item “c” acima é tratado no último parágrafo da fl. 2771 e nos quatro primeiros parágrafos da fl. 2772; o item “g” no último parágrafo da fl. 2772 e nos dois primeiros parágrafos da fl. 2773; o item “f” na fl. 2784, e o item “d” tem um capítulo inteiro a ele dedicado - fls. 2773 a 2775).

Afastam-se assim os argumentos de cerceamento de defesa e violação ao contraditório e ao devido processo legal, pois não se aponta nos autos qualquer mácula que tenha ensejado a impossibilidade de defesa de qualquer dos responsáveis, em qualquer fase do contencioso. Repita-se, todos os responsáveis apresentaram regularmente suas defesas em primeira e em segunda instâncias e tiveram (e nesta decisão terão novamente) seus argumentos apreciados.

*O último argumento preliminar se refere à utilização de provas ditas ilegais. A empresa **Tux** se opõe à escuta telefônica autorizada nos autos da Ação Judicial nº 2005.61.02.008272-0, afirmando que é ilícita, e não pode ser utilizada no processo tributário. Tal argumentação é refutada pelo julgador a quo, que destaca que tanto a coleta quanto o repasse à RFB das informações derivadas da escuta foram judicialmente autorizados. Na própria cópia juntada aos autos em sede de impugnação percebe-se que a manifestação do Ministério Público no sentido da necessidade de compartilhamento da informação com a RFB é acatada pela autoridade judicial.*

*E, por óbvio, não cabe à RFB discutir a escorreição da decisão judicial autorizadora da escuta, ou do compartilhamento de seu teor. Legítimos, assim, os elementos probatórios derivados das escutas telefônicas, que apontam, v.g., para o vínculo de subordinação entre o Sr. **Jorge Natal Horácio** e o Sr. **Adriano Rossi**.”*

Não há, no tratamento da matéria, nenhuma violação a disposição de lei (que sequer é nomeada nos embargos). Pelo contrário, há expresse cumprimento das disposições legais, das quais não pode ser afastar o julgador administrativo. Nem há descumprimento de súmula do STF (matéria que não é suscetível de apreciação em sede de embargos, salvo se apontada precisamente omissão ou contradição interna no acórdão, o que não ocorreu). Não se prestam os embargos nem a rediscussão probatória/fática nem a questionar contradições entre o acórdão e outros entendimentos.

E se passa o mesmo fenômeno com a argumentação da embargante sobre cerceamento de defesa e sobre responsabilidade solidária. Não se registra especificamente, de fato, contradições ou omissões (ainda que se utilize forçosamente tais expressões no texto),

mas inconformidade com a decisão e com seus fundamentos. Confunde-se assim o instituto dos embargos com peça recursal de mérito, o que não se pode admitir.

As discussões sobre ter ou não existido cerceamento do direito de defesa em virtude de documentos supostamente omitidos ou obtidos de forma ilícita, ou de ter sido a responsabilidade imputada com os elementos constantes no processo, temas já expressamente tratados no acórdão embargado, não são afetas ao instituto dos embargos.

Não se pode confundir omissão no tratamento com tratamento de forma diversa aos interesses da embargante, nem se pode confundir contradição interna do acórdão com contradição entre o entendimento expresso no acórdão e aquele expresso pela embargante ou por outros julgamentos.

Há que se respeitar as disposições regimentais que disciplinam a matéria a ser tratada em embargos de declaração neste tribunal administrativo.

Informe-se, derradeiramente, que diversos dos pontos suscitados nos presentes embargos foram também referidos naqueles interpostos pelos sujeitos passivos **Adriano Rossi e Beta Participações e Empreendimentos LTDA**, e rejeitados unanimemente por esta turma em 27/03/2014 (Acórdão nº 3403-002.879), dos quais se transcreve os excertos a seguir.

“Afirma a embargante que a premissa adotada (de que houve confusão na aplicação do art. 135 do CTN) foi esclarecida na declaração de voto do Cons. Domingos de Sá Filho. Tal afirmação só vem a endossar o caráter democrático da deliberação do colegiado, que, apreciando a matéria, em sua completude, à luz dos argumentos expostos no voto condutor e no voto divergente, acolheu aquele majoritariamente, restando vencido nesse aspecto unicamente o Cons. Domingos de Sá Filho.

O que a embargante designa por obscuridade, na verdade é a manifestação de divergentes formas de interpretar os comandos legais sobre a responsabilidade tributária.

Não há, aqui, assim, obscuridade, mas inconformismo em relação ao mérito da decisão externada pelo colegiado, o que não é passível de ataque pela via de embargos de declaração.

A contradição apontada é a de que a afirmação de que “ter interesse comum” difere de “obter benefício financeiro com” é incompatível com a conclusão de que os sujeitos passivos solidários buscaram mostrar ao fisco uma situação diversa da que existia, apresentando a ele uma empresa (Tux) sem capacidade de saldar suas dívidas tributárias.

Não há incompatibilidade alguma entre as assertivas. O interesse comum não é necessariamente traduzido em obtenção de benefícios financeiros. E o fato de as empresas e pessoas físicas apontados como responsáveis solidários (pelas motivações claramente detalhadas no excerto do voto aqui transcrito) apresentarem ao Fisco um contribuinte incapaz de saldar suas dívidas não a contradiz. A partir dos elementos

apresentados na autuação, e não refutados a contento pelos sujeitos passivos, ficou patente a relação entre as empresas e pessoas físicas, buscando apresentar ao fisco um contribuinte sem meios de saldar a dívida, sendo preciso um “esforço irrazoável para não perceber as relações (e o interesse comum) entre as condutas perpetradas pelas empresas Tux, Beta e Tamboril, sempre conectadas pelas figuras do Sr. Adriano Rossi e do Sr. Sidônio Vilela Gouveia”.

Na apontada contradição, busca-se novamente uma rediscussão de mérito incompatível com o instituto dos embargos.

(...)

As argumentações restantes (“contradição entre o acórdão recorrido e a fiscalização”), e rediscussão argumentos pela da responsabilidade solidária atribuída, a partir da análise da expressão “interesse comum”, bem como reapreciação de matéria probatória) expressas nos embargos, buscam, a exemplo das aqui já analisadas, basicamente a reavaliação de mérito dos recursos voluntários em relação à matéria de solidariedade. E tais temas não são passíveis de tratamento em embargos de declaração.

Em suma, não há obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, mas inconformismo de mérito em relação à decisão adotada, o que não é passível de análise em sede de embargos de declaração.”

Pelo exposto, e restando ausentes os pressupostos ensejadores de embargos de declaração, voto pela rejeição dos embargos apresentados.

Rosaldo Trevisan