



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.725451/2014-52
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-006.589 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 10 de maio de 2023
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DURCHSSOUF COMERCIO DE ARTIGOS DE INFORMATICA EIRELI

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO MATERIAL DE CABIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Não se admite o recurso especial quando os acórdãos paradigmas colacionados repousam as suas conclusões no exercício silogístico que pressupõe contexto fático distinto daquele observado no acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencida a conselheira Livia de Carli Germano que votou pelo conhecimento. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano,, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Cuida o feito de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão de nº 1201-002.156, proferido em 16 de maio de 2018, Por meio deste aresto, o Colegiado *a quo* deu parcial provimento aos recursos voluntários manejados tão só para desagravar a multa de ofício aplicada, reduzindo-se o respectivo percentual de 225% para 150%.

A decisão acima mencionada recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO MPF. INOCORRÊNCIA.

As normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto, eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento, desde que não tragam prejuízo às defesas dos contribuintes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, é constitucional as normas dispostas na Lei Complementar nº 105/01 que autorizam que a Receita Federal obtenha dados bancários diretamente pelas instituições financeiras quando da existência de procedimento fiscal. Não há que se falar em nulidade do auto de infração.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS.

A Representação para Fins de Exclusão do Simples Nacional e o Ato Declaratório foram devidamente fundamentados nos termos dos artigos 29, I e VII, e § 3º e o artigo 30, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Não há que se falar em nulidade dos atos administrativos.

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. APLICABILIDADE.

A autoridade fiscal observou os dois pressupostos hábeis a legitimar a adoção da presunção de omissão de receitas prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430/96 respeitou os limites legais ao individualizar os lançamentos considerados de origem não comprovada e intimou e reintimou o contribuinte para comprovar a origem dos depósitos bancários. Diante da não comprovação pelo sujeito passivo, pode haver o correspondente lançamento de tributos.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÓCIO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente responsáveis pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal,

incluindo-se na hipótese os sócios de fato da pessoa jurídica. Cabível a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICA. CARACTERIZAÇÃO DE CONDOTA DOLOSA.

A autoridade fiscal trouxe elementos probatórios capazes de demonstrar que o contribuinte teria praticado as condutas dolosas descritas artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA AGRAVADA DE 225%. IMPROCEDÊNCIA.

A aplicação do agravamento da multa, nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei 9.430/96, deve ocorrer apenas quando a falta de cumprimento das intimações pelo sujeito passivo impossibilite, total ou parcialmente, o trabalho fiscal, o que não restou configurado. Aplicação da Súmula CARF nº 96.

Em apertadíssima síntese, a empresa interessada foi excluída do SIMPLES Nacional e, como consequência, teve contra si lavrados autos de infração para se lhe exigir créditos tributários relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, além da contribuição previdenciária e, ainda, o ICMS, todos apurados ao longo do ano de 2010.

A imposição tributária, diga-se, resultou da identificação de depósitos bancários de origem desconhecida (exclusivamente). E, a par de uma possível complexidade dos fatos que culminaram com o lançamento, a exclusão da empresa do regime tratado pela Lei Complementar de nº 123/03 bem como a infração em si não se encontram em litígio (como restará mais detidamente apontado a seguir).

Em adição aos tributos supra referidos, foram impostas, ainda, multa de ofício qualificada e agravada e, ainda, a responsabilidade tributária solidária em face das pessoas físicas indicadas no processo. O recrudescimento da penalidade com espeque nos preceitos do art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, frise-se, também não se encontra em discussão mais.

Já o agravamento, de outro turno, teria sido justificado a partir da afirmação constante do relatório do acórdão da DRJ, segundo o qual nem a contribuinte, nem tampouco os solidários, teriam atendido as intimações à eles encaminhadas, impondo-se, assim, as consequências divisadas no § 2º do art. 44 já tratado alhures.

Após o julgamento realizado pela primeira instância administrativa, o processo chegou à apreciação do Colegiado da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara de Julgamentos que, consoante já explicitado, deu parcial provimento às razões trazidas pela interessada e pelos devedores inquinados responsáveis, a fim de afastar o agravamento da penalidade de ofício. Neste caso, entendeu-se que não houve desatendimento às intimações lavradas mas, tão só, mal atendimento a estas o que, a também com espeque no entendimento plasmado na Súmula 96, deste CARF, não poderia justificar o aumento da sanção penal imposta.

Cientificada desta decisão em 19/06/2018 (e-fl. 1.162) a D. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – interpôs recurso especial de divergência, sustentando ter ocorrido dissídio jurisprudencial quanto a matéria “*agravamento da multa de ofício*”. Para tanto invocou dois paradigmas, de nºs 9101-001.456 e 9101-002.997, ambas desta 1ª Turma desta Câmara

Superior. Este recurso, diga-se, foi admitido sem ressalvas por meio do despacho de e-fls. 1.190/1.198.

A contribuinte e os solidários apresentaram contrarrazões em que, ao fim, premem pelo não conhecimento do apelo mormente por defender entendimento contrário à Sumula já referida anteriormente, além de premer pela manutenção do acórdão recorrido na parte que lhes foi favorável.

Demais disso, interpuseram os seus recursos especiais os quais foram, contudo, inadmitidos. E não obstante terem manejado o competente recurso de agravo, estes também foram rejeitados pela D. Presidência deste CARF.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

I ADMISSIBILIDADE.

Quanto aos requisitos objetivos e extrínsecos de cabimento não tenho acréscimos a fazer aos fundamentos já postos no despacho de admissibilidade, considerando-os, assim satisfeitos. O recurso é tempestivo e, no mais, preenche, suficientemente, tais pressupostos.

O problema agora é o seguinte: o acórdão recorrido assentou as suas conclusões em dois fundamentos, um primeiro em que se propõe a interpretar os ditames do próprio art. 44, § 2º, da Lei 9.430/96 a fim de exprimir entendimento segundo o qual o “tipo penal” em testilha somente se concretizaria nos casos de não atendimento às intimações que, de qualquer forma, pudesse resultar em prejuízos à fiscalização. Mais que isso, complementou que, no caso dos autos, houve atendimento às intimações, mesmo que, todavia, insuficiente. Veja-se:

93. Dessa forma, ainda que no presente caso a Recorrente e os solidários não tenham atendido as intimações de forma satisfatória, ao meu ver, tal dispositivo deve ser interpretado com cautelas, dirigindo-se apenas às situações de reiterado não atendimento às intimações feitas ao longo do procedimento fiscalizatório. E, diga-se, “não atender” não é “sinônimo de “mal atender”.

O segundo argumento, em certa medida conectado com a primeira parte do argumento acima, foi lastreado na aplicação, ao caso presente, do entendimento plasmado no verbete da Súmula/CARF de nº 96. E este segundo argumento, vejam bem, em nada impacta o exame agora realizado porque não houve, no caso presente, arbitramento. Trata-se, apenas, de um reforço argumentativo.

Ainda assim, o recurso não merece conhecimento.

Como se vê, a decisão recorrida cravou, *in casu*, que houve atendimento às intimações, ainda que de forma defeituosa. Não nos cabe, nesta instância, dizer se este convencimento está correto ou não justamente por não ser, a Câmara Superior, instância

ordinária. Assim, e partindo da premissa de que tal qualificação está correta, o cenário fático observado foi este: houve atendimento às intimações, ainda que de forma insatisfatória.

O primeiro paradigma trazido pela D. PGFN, de nº 9101-001.456, até descreve um contexto similar ao contido na decisão vergastada. Lá se afirmou que o atendimento às intimações foi feita de forma incompleta. Todavia, o que justificou o aludido agravamento foi a falta, específica, de exibição de alguns dos livros solicitados e, com base neste cenário, entendeu-se tipificada a hipótese descrita pela alínea “a” do § 2º do já mencionado art. 44 da Lei 9.430/96. E esta especifica/realidade não é vista no caso dos autos.

Com efeito, consoante se vê do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 511/524), a D. Fiscalização foi franciscana quando da exposição dos motivos para o agravamento da penalidade, tendo fundamentado a imposição nos preceitos do art. 44, § 2º, da Lei 9.430 sem apontar quais incisos teria calcado as suas conclusões. Verdade seja dita, afirmou, apenas, que os interessados não atenderam às intimações, sem descrever quais documentos ou esclarecimentos não teriam sido exibidos:

62. A Fiscalizada, seu sócio e as pessoas responsáveis pela movimentação financeira da empresa foram regularmente intimadas a prestarem esclarecimentos, no entanto, nenhuma delas atendeu às intimações e não justificaram o não atendimento, dificultando o andamento dos trabalhos desta fiscalização.

63. Desta forma, em conformidade com o inciso I e do §2º do art. 44 da Lei 9.430/1996, abaixo descrito, cabe o agravamento da multa de ofício em 50% pela falta de atendimento às intimações durante a ação fiscal.

Está mais que clara a ausência de semelhança entre estes casos comparados, não sendo possível, até mesmo, estabelecer quais preceitos legais estariam sendo examinados por um e por outro caso.

E melhor sorte não assiste à Fazenda em relação ao segundo paradigma, de nº 9101-002.997. Mais uma vez, dada a generalidade da acusação fiscal no caso vertente, torna-se muito difícil comparar o caso dos autos com qualquer outro divisível em outros feitos. Nada obstante, as particularidades contidas no acórdão paradigma também foram determinantes para embasar as conclusões ali adotadas, mesmo que o D. Relator desta decisão comparada tenha cravado uma interpretação literal e objetiva dos preceitos do precitado art. 44, § 2º. Veja-se:

A norma tributária em tela apresenta requisitos de ordem objetiva: cabe a penalidade pelo não atendimento pelo sujeito passivo no prazo marcado para prestar esclarecimentos, apresentar arquivos ou sistemas ou apresentar documentação comprobatória.

De acordo com os presentes autos a contribuinte deixou de apresentar as notas fiscais requeridas, forçando a fiscalização a realizar um considerável esforço adicional de auditoria, inclusive realizando diligências nas empresas que a contribuinte apontou, na sua escrituração, como sendo as emissoras das notas fiscais faltantes.

Não só as circunstâncias acima não se encontram presentes na hipótese dos autos, como a parte final do voto do Conselheiro André deixa extrema de dúvidas que, mesmo que se considerando o prejuízo como elemento necessário à tipificação do antecedente normativo, naquele processo haveria provas acerca das dificuldades criadas pela inação do contribuinte. I.e., caso a mesma situação tivesse sido observada no caso presente, é possível que a decisão

proferida pela 1º Turma Ordinária desta 2ª Câmara pudesse ser, inclusive, igual à estampada no aludido paradigma.

Dito assim, e sem mais delongas, o recurso fazendário não deve ser conhecido.

II CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso manejado pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca