



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.720171/2010-04
Recurso Embargos
Acórdão nº 3401-006.987 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2019
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

SIMULAÇÃO. FRAUDE. CONLUÍO. MULTA QUALIFICADA.

A aplicação de multa qualificada depende da devida comprovação nos autos de que houve prática de atos simulados, com o objetivo de eximir-se do pagamento dos tributos devidos, mediante fraude, em decorrência do ajuste doloso entre as partes. A mera suposição de ato doloso não é suficiente para a majoração da penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, em parte, para sanar a omissão apontada em relação à qualificação da multa, sem efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Vieira Kotzias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Mara Cristina Sifuentes, Lázaro Antonio Souza Soares, Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique Seixas Pantarolli, Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre **Embargos de Declaração** opostos pela Fazenda Nacional em 17/04/2019 (fls. 6132 a 6150), ao amparo dos arts. 64, I e 65, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 em face do **Acórdão nº 3401-005.925** de 25/02/2019, que negou provimento ao recurso de ofício interposto pela Embargante e deu parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte para excluir a qualificação da multa de ofício e afastar do polo passivo Laércio

Barbosa Neto e Adriano Barbosa, por inexistir comprovação de excesso de poderes, cuja ementa se transcreve a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/07/2007

BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro na apuração da base de cálculo da Cofins, consistente na inclusão no auto de infração de valores que não constam na escrituração da empresa, impõe-se o cancelamento das exigências respectivas.

Período apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. ALÍQUOTA.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REGIME CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

BASE DE CÁLCULO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro pela inclusão indevida na base de cálculo apurada no auto de infração do valor do ICMS cobrado pelo vendedor na condição de substituto tributário, retifica-se o lançamento de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. REGIME CUMULATIVO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

Em apertada síntese, o presente processo administrativo refere-se a autos de infração lavrados para a exigência de PIS e Cofins em razão de suposto recolhimento a menor sobre a venda de álcool hidratado, por conta de divergências reiteradamente encontradas entre os valores declarados e escriturados e os constantes nas notas fiscais de saída de mercadorias. Por conta dessa conduta, o Termo de Verificação (fls. 3855 a 3867) considerou a existência de fraude, implicando no lançamento de multa qualificada.

Adicionalmente, foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls.3647 a 3725, 3726 a 3758 e 3759 a 3854), indicando como responsáveis solidários do crédito tributário lançado, sem prejuízo da responsabilidade da pessoa jurídica devedora, as pessoas físicas de Laércio Barbosa Neto (sócio administrador), Adriano Barbosa (filho do sócio administrador) e Ricardo Antônio Berto (ex-sócio), em razão de terem supostamente agido “com excesso de poderes.

No acórdão embargado, o Colegiado entendeu, em síntese por: **(i)** negar provimento ao recurso de ofício que tinha por base a discussão de parcelas do lançamento afastadas pela DRJ por haver inclusão de valores referentes ao ICMS-ST e desconsiderar que a receita aferida com a venda de álcool à época era tributada a alíquota zero por entender que tais pontos já haviam sido suficientemente tratados pela decisão de piso; **(ii)** afastar as preliminares de nulidade suscitadas pela empresa; **(iii)** dar parcial provimento aos pedidos de mérito da Recorrente para afastar a qualificação da multa de ofício, ao passo que manteve a multa regulamentar de 75%, a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições diante da ausência de ação judicial da empresa que justificasse sua discussão no presente caso e a aplicação de juros moratórios a partir da taxa SELIC; e, por fim **(iv)** dar provimento aos recursos voluntários de Laércio Barbosa Neto e Adriano Barbosa, afastando-os do polo passivo por inexistir comprovação de excesso de poderes.

Cientificada do referido Acórdão, a Fazenda Nacional apresentou os Embargos de Declaração, alegando que houve **omissão** em pontos do referido julgado, elencando, resumidamente, as seguintes razões:

- (i) o acórdão embargado não teria analisado toda a fundamentação exposta no relatório fiscal para qualificar a multa, uma vez que faz alusão apenas ao primeiro TVF, de 27/01/2010, não se debruçando sobre o TVF de 04/06/2010; e
- (ii) o acórdão embargado não analisa todos os fatos e provas apresentados pelo Fisco na imputação da responsabilidade solidária, apenas fazendo alusão genérica e sem qualquer fundamentação. Além disso, a decisão avalia apenas o disposto no art. 135 do CTN, não analisando o art. 124 do mesmo diploma legal.

Além disso, a Embargante aponta, no início de sua argumentação, que houve também vício de **obscuridade** no acórdão embargado, ainda que não esclareça e/ou especifique a razão de tal constatação, o que impede qualquer tipo de avaliação neste momento.

Diante do exposto, pontuadas as duas omissões supramencionadas e, sobre as quais essa Turma deve se manifestar, requer a Embargante sejam acolhidos os presentes Embargos de Declaração e, por consequência, sejam sanados/retificados os referidos pontos no acórdão embargado. Quando menos, requer que sejam aclarados os pontos indicados, para fins de questionamento da matéria que poderá vir a ser objeto de recurso para a instância superior.

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 3401-006.987 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.720171/2010-04

Voto

Conselheira Fernanda Vieira Kotzias, Relatora.

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver omissão, contradição ou obscuridade entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma e, poderão ser opostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão.

Ressalta-se que, quando da análise do exame de admissibilidade dos referidos arestos, o Presidente desta 1ª Turma Ordinária, conforme Despacho de fl. 2.511/2.513, admitiu os aclaratórios interpostos.

Como é sabido, entende-se por **omissão** o vício resultante da falta de alguma declaração que a decisão deveria conter. Nesse caso, os embargos têm por fim provocar a declaração do ponto omitido, a fim de se completar a decisão. **Contradição**, que autoriza o cabimento de embargos de declaração, é aquela existente entre a fundamentação e a conclusão do acórdão. Já, a **obscuridade** que autoriza o cabimento de embargos de declaração diz respeito à clareza do posicionamento do voto do julgador no Acórdão.

Posto isto, passo à análise dos supostos vícios apontados.

1) Omissão – ausência de análise da fundamentação exposta no TVF para qualificar a multa

Argumenta a Embargante, o acórdão embargado faz alusão apenas ao primeiro TVF e conclui que “o único argumento trazido pela fiscalização é que a Recorrente estaria em estado pré-falimentar e que isso indicaria o intuito de ludibriar o Fisco, deixando de oferecer parte de suas receitas à tributação das contribuições para ‘fazer caixa’”.

Segundo a Fazenda Nacional, além do estado pré-falimentar, existiriam outros fatores indicados pela fiscalização nos TVFs, quais sejam: (i) ausência de capacidade econômico-financeira para honrar o lançamento efetuado; (ii) existência de gestão temerária da empresa, haja vista que a empresa não contabilizava todas as suas operações e; (iii) divergências entre valores informados ao Fisco e as atividades comerciais rotineiras da empresa.

Revisitando o acórdão embargado, resta claro que, apesar do voto, de fato, dar ênfase a questão do estado pré-falimentar da empresa, a fundamentação reside em duas principais conclusões: (i) que o TVF apenas cita apenas o artigo 44, da Lei Federal 9.430/1996, sem explicitar as razões pelas quais a conduta da recorrente estaria enquadrada em alguma das hipóteses previstas nos artigos 71 a 73, da Lei Federal 4502/1964; e (ii) que houve

carência probatória por parte do Fisco, já que os não restou provado como estaria enquadrada situação de fraude, conluio e sonegação.

Assim, entendo que assiste parcial razão à embargante, motivo pelo qual acolho os embargos apenas para fins de aclarar as fundamentações sobre as quais o acórdão embargado afastou a multa qualificada.

2) Omissão – ausência de análise completa sobre a imputação da responsabilidade solidária

O segundo vício levantado pela Embargante se refere a ausência de uma análise completa dos fatos e provas apresentados pelo Fisco para a imputação da responsabilidade solidária às pessoas físicas envolvidas na atividade da empresa.

Sobre esta questão, transcrevo abaixo os argumentos trazidos pela Fazenda Nacional em seus Embargos (fl. 6145):

Em suma, para a imputação de responsabilidade solidária, além de toda a fundamentação já destacada para a imposição de multa qualificada (conduta reiterada, omissão de receitas em valores expressivos, falta da devida contabilização de valores significativos, declaração de valores ínfimos para o Fisco, etc.), a fiscalização citou expressamente a prática de gestão temerária que levou inclusive ao estado pré-falimentar da empresa, o excesso de poderes, a infração à lei e/ou contrato social, o interesse comum, a condição de administradores ou gerentes de fato e não mero sócios da empresa, etc.

Todavia, mais uma vez, a decisão embargada não analisa todos os fatos e provas apresentados pelo Fisco, apenas alude genericamente, sem qualquer fundamentação que “não houve esclarecimento de que condutas seriam essas e quais seriam as provas de que elas teriam havido, de maneira que o auditor fiscal se utilizou de indícios meramente circunstanciais para satisfazer o enquadramento previsto no artigo 135, do CTN”. Além disso, não foi analisada a responsabilização solidária nos termos do art. 124 do CTN.

Não suficiente, há a constatação de encerramento irregular das atividades, o que também é apto para a configuração da responsabilidade solidária.

Observa-se que a Embargante indica ter ocorrido análise parcial e incompleta dos argumentos e provas trazidos pelo Fisco, mas não aponta diretamente as folhas do processo e/ou os documentos que demonstrariam o inequívoco cumprimento do ônus probatório, principalmente no que diz respeito à configuração das responsabilidades individuais de cada uma das pessoas físicas e suas respectivas condutas que ensejariam a imputação de responsabilidade solidária.

Assim, considerando se tratar de atuação fiscal e que não se encontra nos presentes autos elementos suficientes a caracterização de dolo e atuação temerária destas pessoas

na gestão da empresa, há de se concluir que o acórdão embargado não merece reparos quanto a este ponto.

Dito isso, por entender que do fundamento do voto do acórdão embargado é possível extrair todos os argumentos lógicos que levam à conclusão do mesmo, voto por acolher parcialmente os presentes embargos, sem efeitos infringentes, com vistas a aclarar as fundamentações do acórdão embargado no que diz respeito à não aplicação de multa qualificada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Vieira Kotzias