MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.725058/2016-01

Processo nº	10980.725058/2016-01
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**3302-014.691 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	22 de julho de 2024
Recorrente	RACING AUTOMOTIVE LTDA.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO.

A utilização de crédito antes do trânsito em julgado somente poder ocorrer caso a decisão judicial contenha ordem nesse sentido, afastando a aplicação da legislação que veda a utilização.

CONSTITUCIONALIDADE.

Escapa à competência da autoridade administrativa afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, da Lei nº 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas nos arts. 71 e 72, da Lei nº 4.502/64.

IMPUGNAÇÃO COM PROVAS

O contribuinte possui o ônus de impugnar com provas, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que esteja enquadrado nas alíneas do § 4° do art. 16 do Decreto n° 70.235/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício qualificada para o percentual de 100%.

(documento assinado digitalmente)

Lazaro Antonio Souza Soares - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Sergio Martinez Piccini, Marina Righi Rodrigues Lara, Francisca Elizabeth Barreto (suplente convocado(a)), Francisca das Chagas Lemos, Jose Renato Pereira de Deus, Lazaro Antonio Souza Soares (Presidente).

Relatório

Por bem retratar o andamento do processo até o presente momento, utilizo como parte de meu relato o relatório da resolução nº 3302-002.478, de 29 de junho de 2023:

> Trata-se do presente processo de autos de infração lavrados contra a empresa acima identificada, referentes às contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, nos respectivos valores totais de R$ 2.350.127,89 e R$ 10.884.122,10, incluindo nesses valores as contribuições, juros de mora e multas proporcionais, conforme fls. 02/28.
>
> Foram incluídos no polo passivo da presente demanda a Recorrente Racing Automotive Ltda., na qualidade de devedora principal, e o Recorrente Elio Nossa Mendes, na qualidade de devedor solidário.
>
> Após a apresentação individual de impugnação, a DRJ julgou improcedentes as defesas, decidindo manter integralmente a autuação, nos termos da ementa abaixo:
>
> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013
>
> DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO.
>
> A utilização de crédito antes do trânsito em julgado somente poder ocorrer caso a decisão judicial contenha ordem nesse sentido, afastando a aplicação da legislação que veda a utilização.
>
> CONSTITUCIONALIDADE.
>
> Escapa à competência da autoridade administrativa afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
>
> MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.
>
> Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, da Lei nº 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas nos arts. 71 e 72, da Lei nº 4.502/64.
>
> IMPUGNAÇÃO COM PROVAS
>
> O contribuinte possui o ônus de impugnar com provas, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que esteja enquadrado nas alíneas do § 4° do art. 16 do Decreto n° 70.235/1972.
>
> Intimados da decisão recorrida, os Recorrentes interpuseram recursos voluntários dentro do prazo de 30 (trinta) dias. No entanto, mesmo tendo sido recepcionado pelo "direito constitucional de petição", houve negativa de juntada do recurso voluntário do devedor principal por parte da fiscalização. Isso ocorreu porque o recurso foi protocolado em desacordo com a determinação contida no art. 2º e seus §§ da IN RFB nº 1412, de 22 de novembro de 2013, a qual dispõe sobre a transmissão e a entrega de documentos

Original

> digitais, conforme verificado no despacho de fls. 2.980. O devedor principal não foi cientificado desse despacho.
>
> Ato contínuo, o processo foi remetido a este Tribunal Administrativo para julgamento.

Na sessão de junho de 2023 foi levantada a dúvida sobre o motivo pelo qual teria sido negada a juntada do recurso voluntário do devedor principal, bem como a razão pelo qual não cumpriria o recurso do responsável solidário os mandamentos da IN RFB1412 de 22 de novembro de 2013.

A diligência determinou o seguinte:

> Intime o devedor principal para manifestar-se sobre o despacho de fls. 2.980, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, trazendo, se for o caso, cópia de seu recurso voluntário;
>
> Informe os motivos determinantes que fundamentaram a recusa de juntada do recurso voluntário interposto pelo devedor principal;
>
> Informe se os procedimentos utilizados pelo devedor principal para a juntada de seu recurso voluntário foram idênticos aos utilizados pelo devedor solidário, que não teve seu direito obstado.
>
> Após isso, devolvam-se os autos ao CARF para julgamento.

Após o cumprimento da diligência, com a emissão de nova intimação do contribuinte recorrente, inclusive com a emissão de edital de convocação, frise-se não atendido pelo contribuinte, o processo retornou para julgamento acompanhado da informação fiscal de e-fls. 2291/2992.

Eis o relatório.

Voto

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

O recurso é tempestivo, atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme relatado acima, a princípio haveria uma dúvida relacionada á suposta negativa de juntada do recurso do devedor principal, bem como ao não atendimento do recurso voluntário do devedor solidário dos ditames da IN RFB1412 de 22 de novembro de 2013.

Entretanto, as dúvidas restaram sanadas pela vinda aos autos, após a realização de diligência, das explicações da autoridade de origem, dando conta de que:

> Conforme solicitado, segue informações relativas ao referido processo trabalhado pela extinta SORAC da extinta AR/COLOMBO/PR, vinculada à DRF/CTA/PR.
>
> Todas as informações repassadas poderão ser confirmadas no histórico do processo.
>
> Deve-se ressaltar que nenhum protocolo de Recurso Voluntário foi protocolado na Agência de Colombo.

Original

> - Foi protocolado conforme folha 2913 na DRF/CTA um Recurso Voluntário em 22/08/2017 com a informação de "Recepcionado por: Direito Constitucional de Petição", em nome do Responsável Solidário ELOI NOSSA MENDES, o mesmo foi digitalizado pelo BIRO-CACCN-DRF-CTA-PR o qual solicitou juntada do documento no processo. A juntada foi por mim efetuada, informado o Recurso no SIEF- Processo e encaminhado ao CARF para prosseguimento. Ocorre que tal Recurso não atendia à Legislação Vigente na época IN RFB1412 de 22 de novembro de 2013, relatado no despacho ao CARF.
>
> Cabe esclarecer que ao contrário do título acrescido ao despacho: "negativa de juntada de recurso voluntário do devedor principal", tal descrição ao corresponde à realidade dos fatos pois não nos foi encaminhado nenhum recurso protocolado pelo Devedor Principal para juntada. Prova disso pode ser verificada nas juntadas do processo que informa que todos os documentos foram juntados e que nenhum documento foi negado a juntada.
>
> Dando continuidade às informações:
>
> - Também foi solicitado via e-CAC em 18/08/2017,duas solicitações de juntadas de Recurso Voluntário, porém nas mesmas não foram anexados nenhum documento para ser juntado ao processo, conforme também se pode verificar nas consultas de juntada de processo que também informa que todos os documentos foram juntados, no caso somente havia a solicitação, e que nenhum documento foi negado a juntada.
>
> Novamente reafirmo que nenhum protocolo ou solicitação de juntada foi negado à época pela SORAC/ARF/COLOMBO/PR. Que o despacho de encaminhamento ao CARF somente relatou o fato do protocolo apresentado ao CAC/DRF/CTA/PR estava em desacordo com a IN RFB 1412, e que o referido despacho apenas não citou que o protocolo foi em nome do Responsável Solidário ELOI NOSSA MENDES.

Pois bem. Como se vê, em que pese constar no processo o pedido de juntada do recurso voluntário da devedora principal, tal solicitação não foi acompanhada pela petição do recurso, sendo certo que o mesmo não foi trazido ao processo.

Desta forma, passa-se à análise do recurso voluntário manejado pelo responsável solidário, Sr. Eloi Nossa Mendes, devidamente acostados aos autos do presente processo.

Não obstante tratar-se de peça distinta, o recurso voluntário do responsável solidário é retrato de sua impugnação, não havendo qualquer fato ou prova que tenham o condão de modificar o que já fora decidido pela DRJ.

Assim, peço vênia para adotar as razões da decisão recorrida, como se minhas fossem para a resolução da presente demanda. Seguem as razões:

> Nulidade
>
> 9. A impugnante requer a nulidade dos lançamentos por entender que está amparada em decisão judicial que conduzirá para a extinção definitiva do crédito quando a compensação se operacionalizar, sendo indevida a lavratura de auto de infração.
>
> 10. Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art 59 do Decreto nº 70.235/72, de 6 de março de 1972, verbis:
>
> "Art. 59. São nulos;
>
> I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Original

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

11. Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração. Ademais, prescreve o citado Decreto que:

"Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência."

12. Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo. Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

13. Após a ciência do lançamento, o contribuinte tem o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no Órgão Preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os documentos em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

14. Prova da inexistência de prejuízo ao direito de defesa do interessado é sua defesa, na qual rebateu cada uma das acusações, demonstrando ter plena compreensão e entendimento das infrações apontadas.

Decisão judicial

15. Com referência a desnecessidade de lavratura de auto de infração em função da decisão judicial que, segundo a empresa, conduziria para a extinção definitiva do crédito, cabe ressaltar que o art. 170-A do CTN determina ser "vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

Nesse sentido, a própria decisão judicial (fl. 251):

16. Ademais, ainda que já tivesse o trânsito em julgado, a compensação deveria seguir as regras do art. 74 da Lei 9.430, de 1996 (apresentação de declaração de compensação) e não se daria de forma automática como entende a impugnante.

Fraude, responsabilização e qualificação

17. Julga a impugnante que não tendo ficado comprovada a fraude e o dolo, descaberia o lançamento, a responsabilização do sócio administrador e a qualificação da multa aplicada. Alega que a empresa foi vítima das consultorias APPEX e CONSULTEC que, aproveitando-se do seu desconhecimento técnico, ludibriou-os com a venda de supostos créditos de títulos da dívida pública, convencendo-os que poderiam ser utilizados para fins de quitação tributária.

18. Sobre a alegação de que teria sido enganada, consoante vedação expressa do CTN, art. 123, "Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".

Dessa forma, eventual prejuízo advindo do contrato feito pela impugnante com as consultorias deve ser resolvido com as mesmas.

19. Além disso, ainda com relação à culpa de terceiro, cabe lembrar que o sujeito passivo incidiu em culpa in eligendo (culpa pela escolha de seus prepostos) e culpa in

Original

vigilando (culpa em vigiar a execução de que outrem ficou encarregado) pelos erros cometidos por seu contratado.

20. Quanto à fraude, conforme já exposto, a fiscalização conseguiu demonstrar que a empresa e seu sócio administrador tinham conhecimento da irregularidade, foram informados da impossibilidade da utilização dos títulos na resposta da Secretaria do Tesouro Nacional e, ainda assim, prosseguiram na operação que omitiu débitos de PIS/Pasep e Cofins nas DCTF.

21. Assim dispõe art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, base legal da multa:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) .....

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n o 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) ....." (grifou-se)

22. Por sua vez, o art. 71 e 72, acima citados, prescrevem:

"Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento. ....." (grifou-se)

23. Sobre dolo, De Plácido e Silva, in Vocabulário Jurídico, 12ª Edição, Vol. II, Forense, 1993, pág. 120, dá a seguinte definição:

"DOLO. Do latim dolus (artifício, manha, esperteza,) na terminologia jurídica, é empregado para indicar toda espécie de artifício, engano, ou manejo astucioso promovido por uma pessoa, com a intenção de induzir outrem à prática de um ato jurídico, em prejuízo deste e proveito próprio ou de outrem. [...] Na acepção civil, o dolo é vício do consentimento, sendo seu elemento dominante a intenção de prejudicar (animus dolandi). É um ato de má-fé, razão por que se diz fraudulento, sendo, como é, o intuito da própria fraude, de fraudar, pois sem fraude ou prejuízo preconcebido não se terá dolo em seu exato sentido."

24. Como se verifica, o dolo é "animus", vontade de querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo. É elemento subjetivo. Entende-se que esse "animus", vontade de querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo, ficou evidenciado e provado nos autos. Assim, vota-se pela manutenção da qualificação da multa e da responsabilização do sócio administrador.

Equívoco nos valores lançados

25. A interessada contesta os montantes dos autos, alegando que nos totais encontram-se valores que foram lançados nos livros mas que correspondem à projeções de

Original

faturamento futuro, advindos de encomendas, as quais foram efetivamente faturadas somente em momento posterior. Acrescenta que a real aferição do faturamento da empresa se daria somente com a análise dos SPED enviados, eis que aquela soma é fidedigna em relação às notas efetivamente lançadas.

26. A empresa não apresentou qualquer prova referente à alegação de haver lançado nos livros de ICMS e ISS (de onde foi extraído o faturamento) receitas de encomendas que teriam sido faturadas em período posterior. Não custa lembrar que é conhecido em Direito o seguinte brocardo: "alegar sem provar é o mesmo que não alegar".

Ou seja, não basta contestar os argumentos do Fisco, devendo a interessada rebate-los de forma coerente e com meios de prova idôneos, nos termos do art. 15 do Decreto n° 70.235/1972:

"Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência." (grifou se)

27. No que diz respeito aos valores do SPED, veja-se o relato da autoridade fiscal:

"... No decorrer do procedimento fiscal, as notas fiscais eletrônicas, que deveriam estar relacionadas no SPED Notas Fiscais, foram consideradas insuficientes para fins de auditoria, uma vez que as notas que constavam naquele sistema eram somente aquelas de operação não relacionadas à prestação de serviços ou vendas. Para resolver o problema, intimamos a empresa, através dos TIF01 e TIF02, a apresentar a relação das notas fiscais no formato ADE 15/2001, assim como, aos demais livros fiscais. A empresa apresentou cópia dos livros ISS e ICMS, assim como, solicitou prorrogações de prazo para apresentação da relação das notas fiscais conforme ADE 15/2001, porém, não foram apresentadas no prazo. Para darmos continuidade ao procedimento fiscal, levamos em consideração as receitas que constam nos livros de apuração de ICMS e ISS, porém, para fins de lançamento, foram observamos as receitas contabilizadas. ..."

28. Ou seja, a não utilização dos valores do SPED deu-se exatamente por conta da não apresentação da relação de notas fiscais requerida em duas oportunidades pela fiscalização (fls. 286/288 e 293/294).

Inconstitucionalidade da multa. Efeito confiscatório

29. Alegou a contribuinte que as multas aplicadas seriam confiscatórias e, por conseguinte, inconstitucionais. Nesse tópico, vale lembrar que a vedação ao confisco prevista na Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco.

30. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou, uma vez que o lançamento é uma atividade vinculada e não cabe à autoridade administrativa, em face dessa sua vinculação ao texto legal, apreciar questões de ordem constitucional ou doutrinária. Tal entendimento é, inclusive, objeto de súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, conforme segue:

"Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

31. Tal determinação encontra-se inserida no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF):

"Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei

Original

ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade." (grifou se) (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Apresentação posterior de provas

32. O Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF), dispõe acerca da impugnação:

"Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. ...

Art. 16. A impugnação mencionará: ...

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; ...

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. ....." (grifou-se)

33. A preclusão consumativa estabelecida pelo art. 16, § 4°, do Decreto n° 70.235/1972 (acima transcrita) veio para reforçar o princípio da celeridade no processo administrativo tributário.

Dessa forma, o litigante tem a obrigação de apresentar, juntamente com a impugnação, as provas que militam em seu favor e que sustentam os argumentos apresentados.

Conclusão

34. Diante do exposto, vota-se pela improcedência da impugnação apresentada, devendo ser mantido o lançamento.

Por todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício qualificada para o percentual de 100%.

Eis o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

José Renato Pereira de Deus, Relator.

Original