



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11030.721754/2014-70
Recurso Embargos
Acórdão nº **9101-004.766 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 06 de fevereiro de 2020
Embargante AMERICA TRADING LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999

EMBARGOS INOMINADOS. ERRO MATERIAL. DECLARAÇÃO DE VOTO. PRAZO REGIMENTAL DESCUMPRIDO. NÃO FORMULADA.

Considera-se não formulada, nos termos dos §§6º e 7º do art. 63 do Anexo II do RICARF/2015, a declaração de voto apresentada em evidente dissonância com a matéria debatida no julgamento, caracterizando erro material. Servem os embargos inominados tão-somente para a prolatação de novo acórdão com vistas a desconstituir a declaração apresentada no acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher dos Embargos Inominados, sem efeitos infringentes. Votaram pelas conclusões os conselheiros Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado).

(assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício). Ausente a conselheira Cristiane Silva Costa, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza. Ausentes momentaneamente os conselheiros Adriana Gomes Rego e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado). Presidiu o julgamento a conselheira Andrea Duek Simantob.

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-004.766 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 11030.721754/2014-70

Relatório

Trata-se de embargos de declaração apresentado pelo contribuinte em face do Acórdão n.º 9101-004.250, julgado na sessão de 9 de julho de 2019, que teve a seguinte ementa e julgamento:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa.

NULIDADE. INOVAÇÃO EM DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

A autoridade julgadora pode expressar livremente sua percepção dos fatos reunidos nos autos, inclusive acrescentando análises não cogitadas pela Fiscalização, em resposta à defesa do impugnante. Somente não lhe é permitido manter a exigência do crédito tributário com fundamento, exclusivamente, em argumentos novos, por ela adicionados à motivação do lançamento.

NULIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.

Afasta-se a tese de nulidade relativa à falta de indicação do artigo que supostamente serviria de fundamento para a autuação, especialmente quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

GLOSA DE DESPESAS. ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao contribuinte a comprovação das operações e correspondentes despesas que considera dedutíveis para fins de imposto de renda, incluindo sua efetividade.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA. IRRF.

Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35% (trinta e cinco por cento), o pagamento efetuado por pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou quando não for comprovada a operação que lhe deu causa, sem prejuízo da glosa das despesas que resultaram em redução indevida do lucro líquido do período.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento principal, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial em relação à matéria nulidade do acórdão de 1º grau por falta de exame

criteroso de conteúdo probatório, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa e Adriana Gomes Rêgo, que não conheceram dessa matéria. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer das demais matérias admitidas no recurso. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso nos seguintes termos: (i) por unanimidade de votos, em relação à nulidade do acórdão de 1º grau por falta de exame criterioso de conteúdo probatório, votando pelas conclusões o conselheiro Demetrius Nichele Macei; (ii) por unanimidade de votos, em relação à imprestabilidade dos autos de infração como consequência de erro material cometido na capitulação legal da acusação, votando pelas conclusões a conselheira Livia De Carli Germano; (iii) por maioria de votos, em relação à suficiência dos registros de exportação e contratos de câmbio como prova, vencida a conselheira Cristiane Silva Costa, que deu provimento nessa matéria; (iv) por unanimidade de votos, em relação à tentativa fiscal de inversão do onus probandi; e (v) por maioria de votos, em relação à impossibilidade jurídica de se exigir o IR Fonte concomitantemente à exigência de IRPJ/CSLL, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa e Livia De Carli Germano, que deram provimento nessa matéria. **Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros** Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa e **Demetrius Nichele Macei**. Esgotado o prazo do §6º do art. 63 do Anexo II do RICARF, considera-se não formulada a declaração de voto da Conselheira Cristiane Silva Costa. (grifou-se)

Participaram daquele julgamento os Conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

Em sua petição, o embargante sustenta diversos vícios de obscuridade, omissão e contradição em que, segundo ele, teria incorrido o acórdão embargado e, por fim, erro material na declaração de voto do Conselheiro Demetrius Nichele Macei.

O despacho de admissibilidade dos embargos, assinado pela Presidente da 1ª Turma da CSRF, rechaçou as alegações relativas aos supostos vícios apontados, mas acolheu a última alegação de erro material (item f) como embargos inominados, finalizando com o seguinte encaminhamento:

Conclusão.

Diante do exposto:

Com fundamento no art. 65 do Anexo II do RICARF, REJEITO os Embargos de Declaração (alegações dos itens “a”, “b”, “c”, “d” e “e”) opostos pelo sujeito passivo.

Com fundamento no art. 66 do Anexo II do RICARF, ACOLHO como Embargos Inominados apenas a alegação do item “f”.

Encaminhem-se os presentes Embargos Inominados à Conselheira Viviane Vidal Wagner para inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Conhecimento

Sobre a competência da 1ª Turma da CSRF para o exame dos embargos opostos pelo contribuinte, cumpre referir, de início, que o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, dispõe sobre o processo administrativo fiscal e remete à norma infralegal a disciplina dos julgamentos no âmbito do CARF:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

Os embargos de declaração e os embargos inominados estão previstos no Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015, nos dispositivos abaixo reproduzidos, artigos 65 e 66, respectivamente, os quais definem os prazos e requisitos para sua admissibilidade:

Seção I Dos Embargos de Declaração

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

§1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada **dirigida ao presidente da Turma**, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão:

I - por conselheiro do colegiado, inclusive pelo próprio relator;

II - pelo contribuinte, responsável ou preposto;

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;

IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de decisões da delegacia da qual é titular; (Redação dada pela Portaria MF n.º 153, de 2018)

V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão; ou (Redação dada pela Portaria MF n.º 153, de 2018)

VI - pelo Presidente da Turma encarregada pelo cumprimento do acórdão de recurso especial. (Redação dada pela Portaria MF n.º 153, de 2018)

§2º O presidente da Turma poderá designar o relator ou redator do voto vencedor objeto dos embargos para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração.

§ 3º O Presidente não conhecerá os embargos intempestivos e rejeitará, em caráter definitivo, os embargos em que as alegações de omissão, contradição ou obscuridade sejam manifestamente improcedentes ou não estiverem objetivamente apontadas. (Redação dada pela Portaria MF n.º 39, de 2016)

§ 4º Do despacho que não conhecer ou rejeitar os embargos de declaração será dada ciência ao embargante.

§ 5º Somente os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

§ 6º As disposições previstas neste artigo aplicam-se, no que couber, às decisões em forma de resolução.

§ 7º Não poderão ser incluídos em pauta de julgamento embargos de declaração para os quais não haja despacho de admissibilidade.

§ 8º Admite-se sustentação oral nos termos do art. 58 aos julgamentos de embargos.

Art. 66. As alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão. (grifou-se)

Como relatado, os embargos foram parcialmente admitidos pela Presidente da 1ª Turma da CSRF, sob a forma de embargos inominados, em razão da constatação de erro material na formalização do julgado.

Em relação às alegações relativas aos supostos vícios apontados, a Presidente da 1ª Turma da CSRF, após minuciosa análise do voto embargado, rechaçou todas elas, consoante transcrição parcial a seguir:

a) Omissões e contradições quanto ao Subtítulo 3.2 do Recurso Especial: problemática da inexistência ou insuficiência de exame, pela DRJ e pela turma ordinária a quo, do conteúdo dos diversos anexos probatórios que compunham a impugnação.

[...]

Como se observa, não há qualquer omissão nem contradição. O acórdão embargado se manifestou nos estreitos limites da divergência que foi admitida, a saber, a nulidade da decisão de primeira instância. O fato de constarem alegações outras no recurso especial e de ter sido mencionado no voto que “*aduz a recorrente que ...*” não tem o condão de trazer à discussão matéria distinta daquela cuja divergência jurisprudencial foi comprovada e que obteve seguimento para julgamento pela CSRF. Essa matéria foi, inequivocamente, a nulidade da decisão de primeira instância, conforme trechos acima transcritos e grifados.

Nestes termos, não demonstrada qualquer omissão ou contradição, rejeito os embargos, quanto a este tópico.

b) Obscuridade e contradição quanto ao Subtítulo 3.3 do Recurso Especial: problemática da “imprestabilidade dos autos de infração como consequência de erro material cometido na capitulação legal da acusação”.

[...]

O entendimento do Colegiado, expresso no trecho supra, foi no sentido da correção do enquadramento legal e que, ainda que algum lapso houvesse (mas não houve), isso seria suprido diante da clareza e completude na descrição dos fatos, o que ocorreu no caso concreto.

Não se verificando qualquer contradição em tal raciocínio, muito menos obscuridade, rejeito os embargos, também quanto a este tópico.

c) Obscuridade, omissão e contradição quanto ao Subtítulo 3.4 do Recurso Especial: “suficiência dos registros de exportação e contratos de câmbio”.

[...]

Demonstrada a inexistência de contradição, constata-se de igual modo a inoocorrência de alguma omissão. Com efeito, o Colegiado decidiu acerca da divergência jurisprudencial que foi demonstrada e que obteve seguimento, manifestando-se conclusiva e fundamentadamente pela correção do acórdão atacado ao decidir pela insuficiência probatória no caso concreto, e pela impossibilidade de reexame de fatos e provas em sede de recurso especial.

Finalmente, inexistente também qualquer obscuridade. As questões formuladas pela embargante, bem assim sua indignação manifesta, demonstram tão somente sua irresignação com a decisão que lhe foi desfavorável, mas não revelam qualquer obscuridade no acórdão embargado que careça de saneamento.

Diante disso, rejeito os embargos também quanto a este tópico.

d) Omissão e contradição quanto à distribuição do ônus da prova: cumpre ao Fisco Federal provar que a recorrente era capaz de promover diretamente as exportações, sem a necessidade, pois, de intermediadores.

[...]

O acórdão embargado enfrentou a questão suscitada acerca de indevida inversão do ônus da prova, não havendo na decisão qualquer omissão. De igual modo, não há contradição, visto que, coerentemente com o entendimento de que incumbe ao sujeito passivo a comprovação dos serviços que ensejaram o pagamento aos agentes no exterior, e constatando que, no caso dos autos, tal prova não existia, o Colegiado decidiu manter a glosa fiscal. Decisão coerente e não contraditória com seus fundamentos.

A embargante, na verdade, pretende obter o reexame de matéria já examinada e decidida, para o que não se presta a estreita via dos embargos declaratórios.

Rejeito os embargos, também quanto a este tópico.

e) Omissões e contradições quanto à acusação fiscal de “pagamentos sem causa” e a impossibilidade jurídica de exigir-se o IR-Fonte sob acusação que alude o art. 674 do RIR/99, concomitantemente à exigência de IRPJ/CSLL calcada em glosa de custos/despesas dos mesmos valores/fatos que serviram de base de cálculo para ambos.

[...]

Como se observa, a discussão acerca da possibilidade de exigência concomitante do IR Fonte e da glosa de despesas foi resolvida pelo Colegiado diante do entendimento fundamentado de tratar-se de “*fatos jurídicos distintos (despesas inexistentes e pagamentos sem causa), com matrizes e fundamentos legais também diferentes*”. Foram afastados os argumentos da então recorrente em sentido contrário, descabendo cogitar de alguma omissão do Colegiado sobre o tema.

A embargante sustenta, ainda, que haveria contradição na afirmação do voto condutor de que “*se não houvesse o pagamento sem causa, ainda assim a glosa deveria ser efetuada e o IRPJ e a CSLL seriam devidos, embora, nesta situação, não seria exigível o IRRF*”. Não lhe assiste razão, cabendo lembrar que o Colegiado firmou posição de tratar-se de fatos jurídicos distintos. As frases a seguir transcritas, igualmente pinçadas do voto condutor, bem esclarecem o sentido daquela outra, reproduzida no início deste parágrafo.

Acerca da glosa de despesas (exigência de IRPJ): “*se as despesas não existiram a glosa deve ser efetuada, por expressa determinação legal, considerando, ainda, que o lucro foi indevidamente reduzido*”. Observe-se que, aqui, é irrelevante a existência ou não de pagamento. Basta a redução indevida do lucro, mediante registro contábil da despesa inexistente.

Acerca da exigência de IR Fonte por pagamentos sem causa: “*há dispositivo expresso que determina a incidência do IRRF quando não houver causa para o pagamento*”. Aqui, é irrelevante que o pagamento tenha ou não reduzido o lucro. Se houve o pagamento, e sua causa não está comprovada (hipótese dos autos), incide o imposto de renda na fonte.

A afirmação da embargante, de que “*essa é justamente a hipótese dos autos, em que a efetiva exportação realizada e comprovada é a ‘causa’ do pagamento das comissões objurgadas*”, somente encontra respaldo em seu particular juízo de mérito, não se confirmando com a leitura do acórdão embargado.

Demonstrada a inexistência de quaisquer omissões ou contradições, sequer de obscuridades, rejeito os embargos, também quanto a este tópico.

Ao final, os embargos foram parcialmente admitidos, conforme o despacho da Presidente:

Com fundamento no art. 65 do Anexo II do RICARF, REJEITO os Embargos de Declaração (alegações dos itens “a”, “b”, “c”, “d” e “e”) opostos pelo sujeito passivo.

Com fundamento no art. 66 do Anexo II do RICARF, ACOLHO como Embargos Inominados apenas a alegação do item “f”.

Em razão da admissibilidade parcial não foi dada ciência imediata ao contribuinte, uma vez que o Regimento Interno do CARF apenas prevê a ciência do embargante nos casos de não conhecimento ou rejeição por despacho (§4º do art. 65 do Anexo II do RICARF/2015).

O contribuinte embargante tomou ciência da inclusão em pauta dos embargos e seu patrono arguiu em tribuna novamente todas as alegações constantes dos embargos de declaração.

Ocorre que a competência deste Colegiado, nos termos do Regimento Interno do CARF, limita-se à apreciação dos embargos nos termos em que admitido por despacho da Presidente da Turma, vez que “*não poderão ser incluídos em pauta de julgamento embargos de declaração para os quais não haja despacho de admissibilidade*” (§ 7º do art. 65 do Anexo II do RICARF/2015).

No caso dos autos, o despacho de admissibilidade de embargos acatou apenas a alegação do contribuinte no tocante ao item “*f) Erro material na declaração de voto do Conselheiro Demetrius Nichele Macei*”. Transcreve-se o teor do despacho no trecho de interesse:

f) Erro material na declaração de voto do Conselheiro Demetrius Nichele Macei.

As razões da agravante são a seguir transcritas (e-fls. 4815/4816, grifos no original):

Considerando que as declarações de voto integram a decisão embargada, verificou-se, no que concerne àquele apresentado pelo INSIGNE CONSELHEIRO DEMETRIUS NICHELE MACEI (fls. 4776/4772), que logo no seu primeiro parágrafo, deixa claro estar tratando de outro litígio/processo:

“A presente declaração de voto se presta a esclarecer a visão deste julgador sobre a questão da preclusão por ausência de impugnação da matéria relativa ao agravamento da multa de ofício.

Pois bem. Discordo da Recorrente basicamente por dois fundamentos/princípios: legalidade e verdade material”. (Grifou-se)

Seguem-se variadas ponderações doutrinárias sobre preclusão, verdade material, vinculação à lei enraizada no art. 142 do CTN, entre outras.

A questão que se coloca é que não se discutiu neste processo fiscal agravamento de multa de ofício. Aliás, em que pese tenha o Autuante entendido não estar justificada a causa dos pagamentos de comissões aos intervenientes nas operações de exportação em lide, presumindo conduta diversa, deixou de agravar a multa imposta, elegendo-a no patamar de 75%

Portanto, acaso mantenham-se os votos e estes autos de infração em contenda sejam conseqüentemente judicializados, convém se façam os reparos pertinentes nas declarações de voto para evitar eventuais induzimentos a erro das partes interessadas.

O exame do acórdão embargado revela que efetivamente, há o registro da intenção manifesta pelo Conselheiro Demetrius Nichele Macei de apresentar declaração de voto, muito embora o registro não especifique o tema ao qual seria dedicado. Confira-se no dispositivo da decisão, e-fl. 4737:

Acordam os membros do colegiado, [...]. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros [...] e Demetrius Nichele Macei. [...].

Prosseguindo no exame do acórdão embargado, constata-se que não há ali qualquer discussão acerca de “*preclusão por ausência de impugnação de matéria relativa ao agravamento da multa de ofício,*” tema ao qual se dedica a declaração de voto proferida pelo Conselheiro Demetrius Nichele Macei (e-fls. 4776/4782).

Mais: o relatório faz consignar (e-fl. 4738) que os tributos exigidos foram “*acrescidos de multa de ofício (75%)*”, não havendo registro de agravamento da multa para 112,5%, o que se confirma com o exame dos autos de infração (e-fls. 23/88). Além disso, na declaração de voto (e-fl. 4777) consta a transcrição do que supostamente seria um trecho do acórdão da turma ordinária (então acórdão recorrido), trecho esse que não encontra correspondência no acórdão n.º 1401-001.896 (e-fls. 4315/4335). Finalmente, segundo a declaração de voto, o trecho transcrito se encontraria às e-fls. 503 a 505 dos autos, o que também não se verifica.

Todo esse conjunto de constatações leva à conclusão de que assiste razão à embargante, neste particular. Não é desarrazoado supor que tenha efetivamente havido um erro material no momento da juntada da declaração de voto do Conselheiro Demetrius Nichele Macei, tendo sido equivocadamente juntada nestes autos a declaração de voto de outro processo, cuidando de fatos e discussão muito diversos.

Essa inexatidão material devida a lapso manifesto merece acolhimento como embargos inominados, nos termos do já citado art. 66 do Anexo II do RICARF.

As demais arguições foram rejeitadas pela Presidente da Turma. A definitividade dessa decisão decorre expressamente do §3º do art. 65 do Anexo II do RICARF/2015, novamente transcrito:

§ 3º O Presidente não conhecerá os embargos intempestivos e rejeitará, **em caráter definitivo**, os embargos em que as alegações de omissão, contradição ou obscuridade sejam manifestamente improcedentes ou não estiverem objetivamente apontadas. (Redação dada pela Portaria MF n.º 39, de 2016) (grifou-se)

Nesse sentido, nos termos do §7º do art. 65 do Anexo II do RICARF/2015, apenas os vícios acatados por despacho de admissibilidade podem ser apreciados pela turma, e é nesses termos que se conhece dos embargos inominados.

Mérito

Em seus embargos, acolhidos como inominados, o contribuinte aponta erro material no acórdão embargado pela juntada de uma declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Demetrius Nichele Macei tratando de “*preclusão por ausência de impugnação de matéria relativa ao agravamento da multa de ofício*”.

O equívoco é evidente. Dos primeiros parágrafos da declaração de voto já se constata a incompatibilidade entre o que foi julgado pelo acórdão embargado e o conteúdo da declaração de voto, e fica evidenciado o equívoco na juntada de declaração que se refere a outro processo, como se vê do trecho inicial:

A presente declaração de voto se presta a esclarecer a visão deste julgador **sobre a questão da preclusão por ausência de impugnação da matéria relativa ao agravamento da multa de ofício**.

Pois bem. **Discordo da Recorrente** basicamente por dois fundamentos/princípios: legalidade e verdade material. A legalidade, aqui, é por mim considerada nos seguintes sentidos: a) a relativa a função/dever da autoridade administrativa de exercer o controle de legalidade e; b) a observância compulsória pela autoridade administrativa lançadora do artigo 142 do CTN. Quanto à verdade material, tenho que a análise da relação entre tal princípio e os princípios da segurança jurídica e da justiça é essencial e esclarecedora para demonstrar porque, neste caso, não deveria incidir o instituto da preclusão.

Entretanto, repassando antes o contexto que levou ao recurso especial, **temos que a turma ordinária entendeu por bem reduzir a multa qualificada para 75% nos seguintes termos (e-fls. 503 a 505):**

[...] (grifou-se)

O conselheiro assim prossegue-se na declaração:

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 112,50%, com base no art.44, I, §2º, da Lei nº 9.430/96, que tinha a seguinte redação:

(...)

De acordo com as hipóteses legais acima, infere-se, à míngua de uma explicação mais precisa no relatório fiscal, que a aplicação do percentual de 112,5 % decorreu do não atendimento, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos. Interpreto tal dispositivo no sentido de possibilitar o aumento da penalidade apenas nos casos em que se ignora completamente o chamado da fiscalização. Com tal previsão busca-se reprimir o desdém dos contribuintes, que se sujeitam a uma sanção mais gravosa em caso de assim se comportarem. Prestados os esclarecimentos, ainda que em concreto não tenham sido plenos sob o prisma da fiscalização, cabe a esta valorá-los à luz da legislação de regência, como ocorreu no caso concreto, que permitiu o arbitramento do lucro.

(...)

É fato que a sócia-gerente formal, Sra. Vivian Cristina Vasconcelos Barbosa, e o Sr. René Pimentel atenderam durante o procedimento fiscal as intimações que lhe foram dirigidas, ainda que não de forma inteiramente satisfatória a juízo da autoridade fazendária.

Na realidade, a única menção da autoridade fiscal relacionada à aplicação da multa em tal percentual é no sentido de que a Sra. Vivian Cristina Vasconcelos Barbosa, apesar de ter atendido a intimação de outubro de 2002, deixou de fazê-lo com relação à intimação de abril de 2003 (fl.29). Com a devida vênia, há uma contradição insuperável. Se a própria fiscalização concluiu que o Sr. René Pimentel procedeu à alteração contratual para resumir o quadro societário a verdadeiros “laranjas”, a falta de atendimento de intimação dirigida a alguma destas pessoas não implica em penalidade à pessoa jurídica cuja existência, salvo prova em contrário, era desconhecida dos sócios formais. Em outros termos, a sociedade não pode responder por atos de terceiros que lhe são de fato estranhos.

(...)

Por sua vez, **a Procuradoria, em seu recurso especial, visando a manutenção da multa de ofício agravada**, defende que por não ter sido impugnado expressamente o agravamento da multa de ofício pelo contribuinte, teria havido a preclusão, não podendo a turma ordinária ter se pronunciado sobre o tema.

O argumento da recorrente é aparentemente sustentado pela previsão do artigo 16, §4º do Decreto nº 70.235/72, senão vejamos:

§ 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.

Todavia, não merece prosperar tal fundamento no caso concreto. Aliás, como bem apontou a i.Conselheira Relatora, há, inclusive, entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal contrário aos argumentos da recorrente (Súmula STF 473). Mas este não é o único fundamento para o descabimento de sua reivindicação. Acompanhe-se o raciocínio.

[...]

E prossegue discorrendo sobre a verdade material, para, ao final, concluir:

Diante deste raciocínio, e por medida de razoabilidade, entendo que a justiça deve imperar sobre a segurança jurídica, e que portanto – principalmente no caso dos autos, em que por previsão legal expressa o julgador administrativo pode revisar o lançamento de ofício procedendo ao controle de legalidade – **não haveria que se falar em preclusão no caso concreto, devendo-se manter o decidido pelo v.acórdão recorrido.**

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

(grifou-se)

Todos os trechos destacados e a conclusão aposta na declaração de voto referida acabam por confirmar o equívoco apontado pelo embargante, uma vez que o acórdão ora embargado tratou de examinar recurso especial **apresentado pelo contribuinte** em face da decisão proferida no **Acórdão nº 1401-001.896**, em 20 de junho de 2017, que decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

E o resultado do acórdão embargado foi no sentido de **negar provimento ao recurso especial do contribuinte**, logo, mantendo o decidido pelo acórdão recorrido, como se vê do resultado registrado em ata:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial em relação à matéria nulidade do acórdão de 1º grau por falta de exame criterioso de conteúdo probatório, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa e Adriana Gomes Rêgo, que não conheceram dessa matéria. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer das demais matérias admitidas no recurso. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. **No mérito**, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso nos seguintes termos: (i) **por unanimidade de votos, em relação à nulidade do acórdão de 1º grau** por falta de exame criterioso de conteúdo probatório, **votando pelas conclusões o conselheiro Demetrius Nichele Macei**; (ii) **por unanimidade de votos, em relação à imprestabilidade dos autos de infração como consequência de erro material cometido na capitulação legal da acusação**, votando pelas conclusões a conselheira Livia De Carli Germano; (iii) por maioria de votos, em relação à suficiência dos registros de exportação e contratos de câmbio como prova, vencida a conselheira Cristiane Silva Costa, que deu provimento nessa matéria; (iv) **por unanimidade de votos, em relação à tentativa fiscal de inversão do onus probandi**; e (v) **por maioria de votos, em relação à impossibilidade jurídica de se exigir o IR Fonte concomitantemente à exigência de IRPJ/CSLL**, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa e Livia De Carli Germano, que deram provimento nessa matéria. **Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros** Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa e **Demetrius Nichele Macei**. Esgotado o prazo do §6º do art. 63 do Anexo II do RICARF, considera-se não formulada a declaração de voto da Conselheira Cristiane Silva Costa. (grifou-se)

Como se vê, a única matéria em que o ex-Conselheiro Demetrius não acompanhou o voto da relatora em sua integralidade, mas acompanhou pelas conclusões, foi em relação à nulidade do acórdão de 1º grau (“(i) **por unanimidade de votos, em relação à nulidade do acórdão de 1º grau por falta de exame criterioso de conteúdo probatório, votando pelas conclusões o conselheiro Demetrius Nichele Macei**”). Essa matéria então, supostamente, teria sido o objeto da pretensa declaração de voto.

Conclui-se, contudo, que, de fato, a declaração de voto apresentada não corresponde a nenhuma das matérias debatidas e decididas pelo acórdão embargado.

Em razão do erro material detectado pode-se-ia alegar a possibilidade de substituição da declaração de voto pelo próprio conselheiro, não fosse o fato de o mesmo ter renunciado ao mandato de conselheiro do CARF no mês de dezembro de 2019.

Todavia, entende-se que isso não seria possível, ainda que o conselheiro estivesse presente nesta sessão de julgamento.

Veja-se. A declaração de voto é uma faculdade prevista no Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015 (RICARF/2015), que assim dispõe sobre o instituto:

Art. 63. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, **serão assinadas** pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou **por conselheiro que fizer declaração de voto**, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes e dos ausentes, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos e a matéria em que o foram, e os impedidos.

§ 1º Vencido o relator, na preliminar ou no mérito, o presidente designará para redigir o voto da matéria vencedora e a ementa correspondente um dos conselheiros que o adotar, o qual deverá ser formalizado no prazo de 30 (trinta) dias, contado da movimentação dos autos ao redator designado.

§ 2º Quando o relator reformular em sessão seu voto, deverá formalizá-lo no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento.

§ 3º Dos acórdãos será dada ciência ao recorrente ou ao interessado e, se a decisão for desfavorável à Fazenda Nacional, também ao seu representante.

§ 4º A decisão será em forma de resolução quando for cabível à turma pronunciar-se sobre o mesmo recurso, em momento posterior.

§ 5º No caso de resolução ou anulação de decisão de 1ª (primeira) instância, as questões preliminares, prejudiciais ou mesmo de mérito já examinadas serão reapreciadas quando do julgamento do recurso, por ocasião do novo julgamento.

§ 6º As declarações de voto somente integrarão o acórdão ou resolução quando formalizadas no prazo de 15 (quinze) dias do julgamento.

§ 7º Descumprido o prazo previsto no § 6º, considera-se não formulada a declaração de voto.

§ 8º Na hipótese em que a decisão por maioria dos conselheiros ou por voto de qualidade acolher apenas a conclusão do relator, caberá ao relator reproduzir, no voto e na ementa do acórdão, os fundamentos adotados pela maioria dos conselheiros.

§ 9º O Presidente do CARF disciplinará a formalização das decisões.

(grifou-se)

Diante do caráter facultativo da “declaração de voto” e das rígidas regras previstas no dispositivo regimental acima transcrito para que possa integrar a decisão formalizada, em especial quanto ao prazo improrrogável de 15 (quinze) dias para sua apresentação, assim como não é possível admitir uma declaração de voto após o final desse prazo, também não é possível admitir que seja substituída posteriormente, ainda que pela via dos embargos inominados, sob pena de se desvirtuar o instituto.

Nesse passo, a função dos presentes embargos inominados é tão-somente a de desconstituir a declaração de voto apresentada pelo ex-Conselheiro Demetrius Macei Nichele no bojo do acórdão nº 9101-004.250, considerando-a não formulada, nos termos dos §§6º e 7º do art. 63 do Anexo II do RICARF/2015.

Conclusão

Em face do exposto, voto por conhecer e acolher dos Embargos Inominados, sem efeitos infringentes.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner