



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 12466.001851/2010-61
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-003.527 – 3ª Turma
Sessão de 16 de março de 2016
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - MULTA SUBSTITUTIVA DO PERDIMENTO
Recorrente COTIA TRADING S/A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 28/02/2005 a 26/01/2006

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não restam demonstrados os alegados dissídios jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Recurso Especial do Contribuinte Não Conhecido

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do recurso especial, por falta de divergência jurisprudencial. Vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Vanessa Marini Ceconello e Maria Teresa Martínez López.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos (Substituto convocado), Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Valcir Gassen (Substituto convocado), Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Ceconello, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente)

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para constituição de crédito tributário no valor de R\$ 27.941.424,93 referente à aplicação da multa cominada no artigo 23, § 3º, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. O litígio foi instaurado e posteriormente foi objeto de julgamento pela 1ª Turma da DRJ/FNS, por meio do Acórdão nº 07-24.405 de 13 de maio de 2011, em julgado assim ementado (fl. 742):

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 28/02/2005 a 26/01/2006

PENALIDADE. PROVAS. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA.

É ônus da fiscalização instruir o lançamento com todos os elementos de prova dos fatos constituintes do direito da Fazenda. A caracterização da infração depende da subsunção dos fatos à norma legal, sem o que é impossibilitada a aplicação de penalidade.

Referida decisão foi objeto de Recurso de Ofício, tendo sido então prolatado, pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Terceira Seção de Julgamento, o Acórdão nº 3401-002.919 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, que, por voto de qualidade, deu provimento ao recurso de ofício, restando consignada a seguinte ementa (fl. 777):

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 28/02/2005 a 26/01/2006

Ementa PROVA EMPRESTADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CABIMENTO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA.

É válido no processo administrativo o instituto da “prova emprestada”, desde que garantido às partes o contraditório e a ampla defesa, mostrando-se válido o lançamento que carrega aos autos elementos de prova suficientes demonstrar a ocorrência de fatos jurídicos semelhantes àqueles verificados em outro procedimento administrativo, ainda que envolva partes distintas.

AUSÊNCIA DE PROVA. ACOLHIMENTO. RECURSO DE OFÍCIO. PROVIMENTO. MÉRITO. ENFRENTAMENTO.

Revista, em sede de recurso de ofício, a decisão de primeira instância administrativa que acolhe argumento de ausência de prova do ilícito administrativo, necessária se faz a devolução do julgamento para enfrentamento da questão meritória remanescente, a fim de que não haja indevida supressão de instância.

A Fazenda Nacional tomou ciência da citada decisão à folhas 817 na data de 15/03/2015, restando consignado que não faria interposição de recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Regularmente intimada do Acórdão nº 3401-002.929, fls. 825, Cotia Trading SA interpôs então o recurso especial de fls. 833 a 859, aventando dissídio jurisprudencial

quanto à legitimidade do aproveitamento de prova emprestada no processo administrativo fiscal.

O recurso especial foi formalmente admitido à CSRF por meio do despacho de fls. 891 e 892.

A fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 894 a 899.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator

Admissibilidade

O apelo foi apresentado tempestivamente, a matéria foi prequestionada e o instrumento recursal foi apropriadamente formado. Portanto, do ponto de vista formal, os pressupostos de admissibilidade foram plenamente satisfeitos.

Contudo, a meu sentir, o despacho de admissibilidade de fls. 891 e 892 incorreu em equívoco, porquanto se ateuve unicamente ao conteúdo formal do caso em espécie, quando, na verdade, o dissídio jurisprudencial revela-se no conteúdo material, ou seja, o dissídio jurisprudencial consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de posicionamento distinto para a mesma matéria versada em hipóteses semelhantes na configuração dos fatos embaixadores da questão jurídica.

A decisão recorrida laborou em processo de determinação e exigência de crédito tributário, decorrente de infração considerada como dano ao Erário, capitulada no artigo 23, incisos IV e V, do DL nº 1.455, de 1976. Com vistas a bem descrever a infração detectada, a Fiscalização trouxe aos autos provas emprestadas do processo administrativo fiscal nº 12466.002687/2009-76, que demonstrariam que (1) a pessoa jurídica ocultada utilizou outro interveniente com vistas a realizar operação de importação de mercadorias, (2) os necessários ajustes pelo fabricante no exterior para que as mercadorias se adequassem às especificações determinadas pela real adquirente, e (3) que três dos quatro exportadores do presente processo são os mesmos exportadores identificados naquele processo.

Apreciando tal conjunto probatório, a decisão recorrida chamou a atenção para a validade da prova emprestada, eis que colhida de procedimento administrativo aviado pela própria unidade de jurisdição onde realizado o procedimento fiscal *sub examine*, sendo que um dos contribuintes listados no pólo passivo desta exigência fiscal também figurava como interveniente nos processos administrativos em que extraídas as provas aqui utilizadas. Dá ainda especial relevo ao fato de que, à ora recorrente, ainda que não compondo, em qualquer condição, os processos originários dos elementos de prova aqui empregados, foi franqueado amplo acesso a esses documentos e ao presente processo, bem como, oportunizado o pleno contraditório, como corolário da ampla defesa, mediante o procedimento contencioso administrativo, com todas as faculdades, ônus e efeitos daí decorrentes, principalmente, a interposição dos recursos cabíveis. Concluiu então que, nesse contexto o transplante de provas

de um processo para outro é plenamente admissível, já que foi observado o princípio da ampla defesa, mormente o contraditório em relação a estes elementos de convicção.

O voto condutor do Acórdão nº 301-28.378, indicado como paradigma, a despeito da sua ementa, totalmente disparatada dos fatos processuais e da matéria controvertida, não deixa dúvidas quanto à sua imprestabilidade como representativo de divergência jurisprudencial a respeito da validade da prova emprestada. Confira-se o inteiro teor do voto:

MINISTÉRIO DA FAZENDA TERCEIRO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PRIMEIRA CÂMARA RECURSO Nº: 117.210

ACÓRDÃO Nº : 301-28.378

VOTO

O não atendimento do pedido de análise técnica pela autoridade que julgou a ação fiscal, a impossibilidade de realizá-la, atendendo Resolução do Conselho, pela inexistência de contra-prova, bem como o argumento de se usar prova emprestada, caracterizam perfeitamente o cerceamento do amplo direito de defesa, que deve-se embasar em provas irrefutáveis e não em presunção

Deixo pois de apreciar o mérito, para acolher a preliminar de Nulidade da presente ação final.

Sala das Sessões, em 21 de maio de 1997

MOACYR ELOY DE MEDEIROS – RELATOR

Como se vê, a precariedade do voto proferido impede que se estabeleça base de comparação entre as circunstâncias fáticas e que se deduza que o acórdão indicado rejeita peremptoriamente, em qualquer condição, a adoção de prova emprestada.

O outro acórdão indicado, nº 3101-001.749, não terá melhor sorte, pois o julgado pende do exame de embargos de declaração desde 10/12/2014 (antes, portanto, da impetração do recurso especial ora em análise). Tratando-se de decisão precária, sem que se tenha esgotado definitivamente a “jurisdição”, o Acórdão também é imprestável como paradigma.

Ainda que assim não fosse, o Acórdão indicado como paradigma nº 3010-001.749, ao contrário de divergir, está em franca sintonia com o acórdão recorrido, ao assentar que, no procedimento de fiscalização tendente à lavratura de auto de infração, o Fisco não está impedido de recorrer a prova emprestada de outros procedimentos instaurados para investigar os mesmos fatos, desde que individualize a conduta e o fato para fazer incidir a norma jurídica impositiva, em respeito ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, sob pena de cerceamento do direito de defesa, tal e qual vaticinou o recorrido Acórdão nº 3401-002.919. Se houve divergência de provimento entre os arestos confrontados, ela resultou, não da interpretação da norma tributária, mas dos fatos que subjaziam à sua incidência.

Assim, por falta de comprovação material do dissídio, o apelo especial não merece conhecimento.

Incidentalmente, não posso deixar de mencionar que o aproveitamento de provas emprestadas de outros processos, nos exatos termos em que admitiu a decisão recorrida, com sua validade condicionada ao respeito ao contraditório e ampla defesa do contribuinte, está em linha com a jurisprudência desta 3ª Turma da CSRF, ilustrada pelo Acórdão nº 9303-001.097 (Rel. Cons. Rodrigo Cardozo Miranda):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 27/09/2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. § 3º DO ARTIGO 30 DO DECRETO Nº 70.235/72.

Não vicia o lançamento tributário a fundamentação da nova classificação fiscal calcar-se em laudo feito em outro processo administrativo, que trata do mesmo produto, desde que não esteja em pauta a discussão sobre o produto em si, mas apenas sobre a sua classificação fiscal. São eficazes os laudos técnicos sobre produtos, exarados em outros processos administrativos, quando forem originários do mesmo fabricante, com igual denominação, marca e especificação.

Recurso Especial do Procurador Provido

Conclusão

Forte nestes argumentos, não conheço do recurso especial do contribuinte.

Sala de sessões, em 16 de março de 2016

Gilson Macedo Rosenburg Filho