



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13827.000676/2009-78
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.562 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2018
Matéria NULIDADE
Recorrente TRANSPORTE VALE DO SOL BOTUCATU LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE MATÉRIA. NULIDADE PARCIAL.

É parcialmente nula a decisão de primeira instância que deixa de apreciar ponto da impugnação relativo a um dos potenciais efeitos da decisão a ser proferida. Todavia, a nulidade parcial não vicia inteiramente o acórdão, cabendo o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, para que profira decisão complementar sobre o capítulo da impugnação não apreciado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade parcial da decisão de primeiro grau, determinando o retorno do processo à DRJ para que seja proferida decisão complementar, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos César Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flavio Machado Vilhena Dias, Edgar Bragança Bazhuni (suplente convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em relação ao Acórdão nº 14-28.083, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP (fls. 263 a 282), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, e cuja ementa é a seguinte:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e O seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados, revelando o autuado conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substanciosa impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

OMISSÃO DE RECEITA; DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA.

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

OMISSÃO DE RECEITA. OMISSÃO DE PAGAMENTOS.

A falta de registro de pagamentos correspondentes a compra de mercadorias e pagamentos de salários caracteriza omissão de receitas. As notas fiscais, até prova em contrário, são instrumentos hábeis a comprovar as operações ali indicadas, principalmente quando as notas estão acompanhadas de

documentos que comprovam a entrega e o pagamento das mercadorias ou produtos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

A prática reiterada da contribuinte de não registrar no livro Caixa a sua movimentação financeira e de declarar como inativo em determinado ano-calendário e sem faturamento em outro ano, quando na realidade esteve em atividade e confessadamente auferiu receitas, não deixa dúvida da intenção dolosa da contribuinte de ocultar o conhecimento por parte da Fazenda Pública dos fatos gerados dos tributos e contribuições e, com isso, eximir-se do pagamento dos tributos, o que caracteriza evidente intuito de sonegação, implicando na qualificação da multa de ofício.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

ARBITRAMENTO.

Justifica-se o arbitramento quando a contribuinte deixa de apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa.

Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial, para efeito de exigência de tributo sujeito ao regime de homologação, em lançamento "ex officio", quando na ausência de pagamento ou quando constatada e comprovada a fraude, a simulação ou o dolo, é regido pelo artigo 173, I, do CTN.

AUTOS REFLEXOS.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos, implicam na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. A decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados."

Para sintetizar a lide, passo a transcrever o relatório constante do Acórdão recorrido, complementando-o, ao final:

"Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração exigindo-lhe o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 335.347,59 (fl. 02), Contribuição para o PIS no valor de R\$ 51.911,53 (fl. 17), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 239.592,18 (fl. 30) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

(CSLL) de R\$ 86.253,19 (fl. 42, acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150%, perfazendo o crédito tributário de R\$ 2.186.451,50 (fl. 01).

O procedimento fiscal iniciou-se em 27/09/2008 com a ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal (AR de fl. 111), por meio do qual a contribuinte foi intimada a apresentar, relativamente aos anos-calendário de 2005 e 2006, o livro Caixa ou o livro Diário e Razão; os extratos das contas bancárias de titularidade da empresa; os talonários de notas fiscais de prestação de serviços; todos os conhecimentos de transportes e os recibos de entrega das declarações (DCTF e IRPJ).

Em resposta (fl. 112), a empresa por intermédio de seu procurador Alfredo P. Machado (procuração de fl. 113), informou: (a) não possuir os livros Caixa, Diário e Razão;

(b) não ter entregue as DCTF e as DIPJ; (c) não possuir movimentação bancária; (d) não possuir notas fiscais de prestação de serviços, nem conhecimentos de transportes, tendo em vista ser uma empresa de transporte coletivo. Juntou cópia do Contrato Social e suas alterações (fls. 114/144). Em 24/10/2008 a empresa foi novamente intimada (fls. 145/147) para o mesmo fim e, em resposta (fl. 148), informou já ter prestado os esclarecimentos em 26/09/2008.

Em 26/12/2008 a empresa foi intimada a (fls. 150/152): (1) apresentar as notas fiscais das compras de combustíveis junto à Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga no valor de R\$ 4.362.660,50 nos anos-calendário de 2004 e 2005, informadas à Receita Federal como sendo efetuadas pela filial 0003-20 da empresa; (2) apresentar os comprovantes de pagamentos das compras de combustíveis acima mencionadas; (3) justificar a movimentação bancária no Banco do Brasil e na Caixa Econômica Federal no valor de R\$ 1.953.694,63 no ano-calendário de 2005, informadas como sendo da empresa e de suas filiais.

Não tendo a empresa apresentados os extratos bancários, os mesmos foram solicitados às instituições financeiras (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal), o que foi atendido. Os extratos bancários formam o Anexo II do presente processo.

Da análise dos dados recebidos constatou-se que a empresa possui a concessão de transporte coletivo de passageiros na cidade de Petrolina (filial CNPJ 67.847.350/0003-20) e movimentação financeira em nome da filial de Feira de Santana (CNPJ 67.847.350/0002-40).

Intimada em 13/02/2009 (fls. 154/155) a comprovar a origem dos valores creditados em suas contas correntes, conforme relação anexa à intimação (fls. 156/182), a contribuinte apresentou os informes de faturamento da empresa fornecidos pela EPTTC - Empresa Petrolinense de Trafego e Transporte Coletivo (fls. 184/185), e informou (fl. 183) que a Transporte Vale do Sol possui a sua matriz em Botucatu/SP, mas na realidade opera apenas com a filial de Petrolina-Pemambuco. Não se pronunciou sobre a movimentação financeira, nem sobre as compras de combustíveis.

Em decorrência de intimação, a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga apresentou cópia das notas fiscais de venda de combustíveis para a empresa fiscalizada acompanhada de uma planilha contendo as datas de vencimento e de pagamento das compras levantadas. As notas fiscais apresentadas formam o Anexo I do presente processo.

Após análise dos documentos colhidos em decorrência de diligência efetuada na Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga - filial Juazeiro/BA e dos documentos e extratos bancários fornecidos pela Caixa Econômica Federal e pelo Banco do Brasil e das informações constantes nos arquivos da Receita Federal do Brasil, a Fiscalização constatou que a contribuinte entregou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ) relativa ao ano-calendário de 2004 como inativa e no ano-calendário de 2005 apresentou DIPJ como optante pelo lucro presumido, deixando de informar qualquer valor de receita em todos os trimestres. Por outro lado, constatou que a empresa efetuou compras de combustíveis nos valores de R\$ 1.473.510,00 e R\$ 2.889.159,50 nos anos-calendário de 2004 e 2005, respectivamente, e teve uma movimentação bancária nos montantes de R\$ 3.762.871,61 e R\$ 1.529.160,75 nos anos-calendário de 2004 e 2005, respectivamente, e apresentou a RAIS (Totais de Vínculos e Massa Salarial) nos referidos anos-calendário com os valores de R\$ 782.545,60 e R\$ 860.075,20.

Com base nos documentos trazidos aos autos a fiscalização elaborou o Demonstrativo de Omissão de Receita (fl. 64), no qual relacionou, mês a mês, os valores do faturamento em conformidade com o documento fornecido pela própria contribuinte (fls.

184/185), os valores informados pela contribuinte no RAIS (Totais de Vínculos e Massa Salarial - fl. 95/96), os valores das compras efetuadas e os valores dos depósitos/créditos bancários.

Para fins de apuração dos valores devidos a Fiscalização considerou como omissão de receita:

1 - os valores dos faturamentos informados pela própria empresa através do Ofício 223/08 da EPTTC- Empresa Petrolífera de Tráfego e Transporte Coletivo, relativamente aos meses de janeiro de 2004 a dezembro de 2005 (Infração 002), com fundamento nos arts 530, III, 532 e 537 do RIR/99;

2 - os valores dos depósitos bancários de origem não comprovada subtraídos os valores relativos aos faturamentos (Infração 003), com fundamento nos arts 532 e 537 do RIR/99 e arts. 27, I, e 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

3 - Para os meses em que não se conheceu a movimentação bancária (julho a dezembro de 2005) foi considerada omissão de receita os valores relativos aos pagamentos efetuados a título de salários de funcionários (informados na RAIS) e de compras de combustíveis subtraídos os valores dos faturamentos informados

pela EPTTC (Infração 001), com fundamento nos arts 532, 537 e 281, II, do RIR/99.

Tendo em vista a não apresentação dos livros fiscais e contábeis a Fiscalização arbitrou o lucro, com fundamento no art. 530, III, do RIR/99, mediante a aplicação da alíquota de 19,2% sobre as receitas apuradas conforme explicitado acima, com fundamento no art. 532 e 537, parágrafo único do RIR/99.

Sobre os valores dos tributos e contribuições apurados foi aplicada a multa qualificada de 150%, prevista no art. 44 II, da Lei nº 9.430, de 1996, por entender que a contribuinte, ao entregar a declaração de imposto de renda (DIPJ) do ano-calendário de 2004 como inativa e a do ano-calendário de 2005 com faturamento “zerado”, teria tentado de forma dolosa evitar o conhecimento por parte da Fazenda Pública dos fatos gerados dos tributos e contribuições e, com isso, eximir-se do pagamento dos tributos e contribuições.

Cientificada dos autos de infração em 14/07/2009, a contribuinte, inconformada, ingressou em 12/08/2009, por intermédio de seu procurador legalmente constituído (fls. 244/245), com a impugnação de fls. 202/243, alegando, preliminarmente, não terem sido entregues à contribuinte as notas fiscais emitidas pela Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga e os extratos bancários e, citando o art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25, alegou que os autos de infração devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação ., do ilícito e que a não entrega ao contribuinte de qualquer elemento que faz parte do auto de infração consiste em descumprimento de expressa disposição legal, acarretando a nulidade da ação fiscal.

Quanto ao mérito alegou que quando da lavratura dos autos de infração (08/07/2009) já teria decaído o direito de proceder ao lançamento para exigir os tributos e contribuições relativos a fatos geradores ocorridos até 30/06/2004. Argumentou que deve ser aplicado ao caso o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN) e não o art. 173, I, do mesmo Código, mesmo que se considere a ocorrência de dolo e a ausência de pagamento de tributo, pois não existe regra específica para contagem do prazo decadencial no caso de fraude, dolo, simulação ou conluio, e, uma vez ocorrido o fato gerador em 30/06/2004, o direito de a Fazenda Pública homologar ou não o procedimento do contribuinte (seja ele qual for) encerra-se em 30/06/2009, independentemente de ter ou não havido pagamento.

Com relação à omissão de receita alegou que a EPTTC - Empresa Petrolinense de Tráfego e Transporte Coletivo é a sua única cliente, portanto seria impossível a autuada omitir receita maior do que recebeu da EPTTC e que todos os desembolsos efetuados (combustíveis, salários, depósitos e tudo o mais) só poderiam ter origem no que recebeu da EPTTC, sendo impossível produzir prova da não omissão, ou seja, prova negativa.

Quanto à multa alegou que para aplicar a multa qualificada exige, por parte do Fisco, que ela seja minuciosamente justificada, caracterizada e comprovada nos autos, o que não teria ocorrido no caso, além de que parte da exigência decorreu de presunção legal de omissão de receita (depósitos bancários - art. 42 da Lei nº 9.430/96 e pagamentos efetuados - art. 280, II, do RIR/99), o que impede a qualificação da multa conforme jurisprudência que transcreve, além de configurar verdadeiro confisco.

Também contestou os juros de mora com base na taxa Selic alegando que sua cobrança para fins tributário é inconstitucional."

A decisão de primeira instância rejeitou a preliminar de nulidade, por entender que o fato de não haver sido dado conhecimento ao sujeito passivo, antes da lavratura do auto de infração, dos elementos que o embasaram, não constitui cerceamento do direito de defesa; e que todos os elementos que serviram de base para o lançamento constam dos autos, aos quais foi assegurado ao sujeito passivo o direito de acesso.

No mérito, foi rejeitada a alegação de decadência, por se entender aplicável o art. 173, inciso I, do CTN, tendo em vista a ausência de recolhimentos e a existência de dolo. Foi mantido integralmente o lançamento, posto que comprovada a existência de depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo; e de pagamentos não escriturados em valor superior às receitas auferidas.

A apuração do IRPJ sobre o Lucro Arbitrado, também, foi considerada correta, uma vez que o autuado não apresentou os livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa.

Por decorrência, foram mantidos os lançamentos reflexos.

Quanto à multa qualificada, o Acórdão *a quo* a manteve, tendo em vista que o evidente intuito de fraude ficou evidenciado pelo fato de o sujeito passivo haver entregue a DIPJ do ano-calendário de 2004 como inativo e a do ano-calendário de 2005, com valores iguais a zero.

Por fim, foi mantida a taxa Selic como juros de mora, por expressa previsão legal e na esteira de entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Regularmente cientificado, em 20 de maio de 2010 (fl. 295), o sujeito passivo apresentou, em 1º de junho de 2010, Recurso Voluntário (fls. 302 a 329), no qual:

a) sustenta a nulidade do Acórdão recorrido, por não apreciar todos os argumentos e alegações contidos na Impugnação. No seu entender, não teriam sido apreciados os seguintes pontos:

a.1) a Autuada ter de pedir cópia do processo diminuiria indevidamente seu prazo de Impugnação, pois tais cópias não seriam entregues no mesmo dia;

a.2) fica ao exclusivo critério da fiscalização enquadrar o procedimento do contribuinte como sendo doloso ou não;

a.3) não cabe a qualificação da multa nos casos de depósitos bancários, por tratar-se de presunção legal de omissão, conforme jurisprudência;

a.4) não cabe a qualificação da multa nos casos de pagamentos, por tratar-se, também, de presunção legal de omissão;

a.5) a multa aplicada compromete o patrimônio da empresa;

a.6) a Selic, de qualquer modo, não incide sobre a multa, conforme jurisprudência;

a.7) a PGFN entende que órgãos administrativos podem decidir com fundamento em inconstitucionalidade;

a.8) Inúmeros Acórdãos levam em conta a (in)constitucionalidade da lei.

b) repete a alegação de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que documentos integrantes do Auto de Infração não teriam sido entregues ao sujeito passivo;

c) repisa a arguição de decadência, nos termos do art. 150, §4º, do CTN;

d) nos mesmos termos da Impugnação, alega que a Empresa Petrolinense de Tráfego e Transporte Coletivo (EPTTC) é a sua única cliente, portanto seria impossível a autuada omitir receita maior do que recebeu da EPTTC e que todos os desembolsos efetuados (combustíveis, salários, depósitos e tudo o mais) só poderiam ter origem no que recebeu da EPTTC, sendo impossível produzir prova da não omissão, ou seja, prova negativa;

e) afirma que o lançamento é improcedente pois depósitos bancários não são fato gerador do imposto de renda, que os depósitos não caracterizam disponibilidade econômica e que não foi comprovado o nexo causal entre os depósitos e a omissão;

f) afiança que cabe à fiscalização provar que os depósitos bancários constituem omissão de receitas;

g) reitera as alegações quanto à qualificação da multa e quanto ao comprometimento do patrimônio empresarial do sujeito passivo;

h) quanto aos juros de mora, argui que o Acórdão recorrido está em descompasso com a Impugnação, na qual se sustenta que não são devidos os juros de 1% mencionados no art. 161 do CTN. Aponta, ainda, contradição entre a fundamentação invocada no Acórdão e aquela constante dos autos de infração. Por fim, reitera todas as alegações presentes na Impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

1. Do conhecimento do Recurso

O sujeito passivo foi cientificado, por via postal, em 20 de maio de 2010 (fl. 295), tendo apresentado Recurso Voluntário em 1º de junho de 2010, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado por Procurador, devidamente constituído às fls. 252 e 330.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, incisos I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2. Da preliminar de nulidade da decisão de primeira instância

A Recorrente invoca a nulidade do Acórdão recorrido, uma vez que não teriam sido apreciados todos os argumentos e alegações contidos na Impugnação.

Em primeiro lugar, é necessário que se aclare que não é nula a decisão que não aprecia todos os argumentos apresentados pelo recorrente, quando o julgador consegue formar a sua convicção e fundamentar a sua decisão, a partir apenas dos elementos examinados, sendo desnecessários os demais, por não serem capazes de, nem em tese, afastar a conclusão formada.

É esse, há tempos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reafirmado, após a vigência do novo CPC:

"(...) O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

(...)" (1ª Seção, EDcl no MS 21315 / DF, Rel. Min. Diva Malerbi [desembargadora convocada], DJe 15 de junho de 2016)

O CARF e a Câmara Superior de Recursos Fiscais têm adotado entendimento similar, conforme se observa nos Acórdãos seguintes:

"ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

(...)

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA
O julgador administrativo não está obrigado a responder todos os argumentos da defesa se já expôs motivo suficiente para fundamentar a sua decisão.

No presente caso, constata-se que o relator do acórdão recorrido apresentou devidamente os motivos e fundamentos pelos quais direcionou sua decisão." (Acórdão nº 9303-003.824, 3ª Turma da CSRF, Rel. Conselheira Tatiana Midori Migiyama, sessão de abril de 2016)

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2008, 30/09/2008

CANCELAMENTO DA DECISÃO DA DRJ. FALTA DE APRECIÇÃO DE PARTE DOS FUNDAMENTOS DA RECORRENTE. IMPOSSIBILIDADE.

O julgador não tem obrigação de abordar todos os argumentos colocados pelas partes se aqueles que enfrenta já são suficientes para fundamentar seu voto.

(...)" (Acórdão nº 1201-001.598, 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Rel. Conselheiro Luís Fabiano Alves Penteado, sessão de 22 de março de 2017)

"ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 31/07/2012

(...)

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO NÃO ENFRENTADA. OMISSÃO INEXISTENTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA

O julgador não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu." (Acórdão nº 1301-001.960, 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Rel. Conselheiro Paulo Jackson da Silva Lucas, sessão de 22 de março de 2016)

Esse entendimento deve ser aplicado com extrema cautela, não podendo servir de salvaguarda para decisões omissas e sem fundamentação.

Por outro lado, haverá nulidade, caso se deixe de apreciar matéria veiculada no recurso, de modo a caracterizar o cerceamento do direito de defesa.

É necessário, pois, examinar os pontos apontados pela Recorrente, confrontando a peça impugnatória e a decisão de primeira instância.

No seu entender, não teriam sido apreciados os seguintes pontos:

a) "a Autuada ter de pedir cópia do processo diminuiria indevidamente seu prazo de Impugnação, pois tais cópias não seriam entregues no mesmo dia"

Tal alegação estava contida dentro da preliminar de cerceamento do direito de defesa por não lhe haver sido fornecidos notas fiscais e extratos bancários.

A decisão recorrida enfrentou adequadamente a preliminar, inclusive com alusões ao direito da autuada de vistas do processo e obter cópias e com o registro da inexistência de comprovação de que sequer foram solicitadas cópias dos documentos.

O fundamental para a decisão *a quo* foi a convicção de que a autuada não foi privada de acesso aos documentos em questão, de modo que não há qualquer nulidade no fato de não rebater explicitamente a especificidade tratada pela Recorrente.

b) "fica ao exclusivo critério da fiscalização enquadrar o procedimento do contribuinte como sendo doloso ou não"

Este argumento foi inserido pela Recorrente na Impugnação à qualificação da multa.

O Acórdão recorrido detalhou os requisitos necessários para a aplicação da multa qualificada, de modo que, ainda que não expressamente, a fundamentação adotada afasta o referido argumento.

c) "não cabe a qualificação da multa nos casos de depósitos bancários, por tratar-se de presunção legal de omissão, conforme jurisprudência"

d) "não cabe a qualificação da multa nos casos de pagamentos, por tratar-se, também, de presunção legal de omissão"

Por igual modo, a decisão *a quo* explicita quais as razões que entende suficientes, no caso concreto, para a qualificação da multa, que não está fundamentada nas presunções que suscita a Recorrente.

e) "a multa aplicada compromete o patrimônio da empresa"

Tal assertiva está inserida na alegação de que a multa aplicada teria efeito confiscatório, sobre a qual a decisão recorrida, expressamente, registrou o entendimento de não ser competente para se manifestar a respeito.

f) "a PGFN entende que órgãos administrativos podem decidir com fundamento em inconstitucionalidade"

g) "inúmeros Acórdãos levam em conta a (in)constitucionalidade da lei"

Também quanto a estas alegações, apesar de não rechaçá-las diretamente, a autoridade julgadora de primeira instância as afastou ao, expressamente, afirmar não ser competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de dispositivos legais.

h) "a Selic, de qualquer modo, não incide sobre a multa, conforme jurisprudência"

Por fim, quanto a este último argumento, há que se reconhecer que a decisão *a quo* não examinou tal matéria, apesar de destacada em tópico específico da Impugnação, conforme se observa às fls. 236 a 238:

"Selic sobre a Multa"

Admitindo-se, apenas para argumentar, que o lançamento seja mantido, a Receita federal irá, na execução do Acórdão, seja da DRJ seja do Conselho, exigir taxa Selic também sobre a multa.

No entanto, desde já, é de se impugnar tal exigência, por falta de amparo legal.

(...)

Ressalte-se: também não são devidos os juros de 1% mencionados no art. 161 do CTN."

Não se trata de mais uma alegação para fundamentar a impugnação do sujeito passivo em relação a matéria já abordada pelo julgador, mas de matéria autônoma, que deveria, sim, haver sido enfrentada pela DRJ.

A omissão do julgador caracteriza a hipótese de nulidade prevista no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972, "*preterição do direito de defesa*", pois, ao mesmo tempo, não analisa as razões recursais trazidas pelo autuado e não lhe permite conhecer a fundamentação para que a sua impugnação não seja acatada, de modo a, adequadamente, recorrer à segunda instância.

Inclusive, a matéria é reiterada no Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, nos mesmos termos trazidos na Impugnação, de modo que a manifestação desta Turma, diante da omissão da autoridade *a quo*, constituiria supressão de instância.

Diante do princípio *utile per inutile non vitiatur*, esta turma, recentemente, decidiu, em casos semelhantes, e com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, pela anulação parcial do Acórdão, devolvendo à autoridade julgadora de primeira instância apenas a apreciação da matéria sobre a qual não se pronunciou.

É que se observa nos seguintes julgados: Acórdão nº 1302-002.041 (Rel. Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich, sessão de 15 de fevereiro de 2017) e Acórdão nº 1302-001.948 (Rel. Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, sessão de 09 de agosto de 2016). Transcrevo trecho deste último:

"Em situações processuais parecidas com a ora posta em julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela nulidade parcial da sentença, se não vejamos o seguinte Acórdão:

"Processo: HC 94888 SP

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Órgão Julgador: Segunda Turma

PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. PRECEDENTES STF. ORDEM DENEGADA.

1. A presente impetração visa ao reconhecimento de nulidade da sentença condenatória prolatada em desfavor do paciente, sob o fundamento de ausência de fundamentação na dosimetria da pena aplicada.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que nulidade quanto à dosimetria da pena "não vicia

inteiramente a sentença e o acórdão das instâncias inferiores, mas diz respeito, apenas ao critério adotado para a fixação da pena. Tudo o mais neles decidido é válido, em face do princípio utile per inutile non vitiatur." (HC 59.950/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.11.1982).

3. *Habeas corpus denegado.*”.

Mutatis mutandi, por mais que me cause espécie a declaração parcial de nulidade de sentença, sustento que seja essa a melhor solução processual para o presente caso.

Destarte, há que se obstar o julgamento deste litígio e devolvê-lo para a complementação da sentença a quo com a devida apreciação da matéria suscitada pela impugnante."

Compartilho da estranheza experimentada pelo Relator da decisão transcrita, mas, entendo, que a anulação parcial é a melhor solução aplicável ao caso, posto que a matéria que deixou de ser veiculada não é central à lide, mas tão-somente um dos efeitos periféricos da decisão proferida, com consequências que não atingem o lançamento em si.

Não faz sentido, assim, obrigar o julgador de primeira instância a reapreciar todas as matérias já analisadas no Acórdão recorrido, sem que haja qualquer vício na análise já realizada.

Neste sentido, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, no sentido de declarar a nulidade parcial da decisão recorrida, para que a autoridade julgadora de primeira instância proceda a julgamento complementar, de modo a se pronunciar sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo