



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

Processo n° 15504.018302/2010-11
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1301-002.262 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de março de 2017
Matéria EMBARGOS
Embargante PAULO VITOR CARDOSO e ADALBERTO CARDOSO (responsáveis tributários)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO.

Devem ser rejeitados os embargos declaratórios na situação em que: (i) a alegada omissão se refere a documentos que sequer foram acostados aos autos; (ii) as alegadas contradições inexitem, sendo a decisão coerente com seus fundamentos; e (iii) a alegada obscuridade igualmente inexiste, tendo sido a matéria claramente tratada na decisão embargada. Por outro lado, demonstrando-se a existência de matéria tratada de modo sucinto, de tal forma a persistir dúvida sobre o alcance da decisão, cabe prestar esclarecimentos, acolhendo-se os embargos, nesta parte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007

APROVEITAMENTO DE PROVAS DE AÇÃO PENAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO EM FACE DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. ALEGAÇÃO DE PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. INOCORRÊNCIA.

A constituição de crédito tributário com base em provas cujo aproveitamento foi autorizado judicialmente não pode se limitar àquelas pessoas em face das quais foi inicialmente instaurada a ação penal, mas também deve se estender aos demais coobrigados pela prática das infrações tributárias, corretamente identificados no curso do procedimento administrativo que conduziu ao lançamento como responsáveis tributários. Inexistem, no caso, provas obtidas por meio ilícito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial aos embargos para esclarecer obscuridade, sem efeitos modificativos.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

Trata o presente de embargos de declaração (e-fls. 4141/4152 e e-fls. 4159/4169) opostos pelos responsáveis tributários acima identificados, em face do acórdão nº 1301-001.606, prolatado por esta 1ª Turma na sessão de julgamento de 26/08/2014 (e-fls. 4026/4058).

O processo foi constituído em nome de Progresso Alimentos Importação e Exportação Ltda., constando também diversos sujeitos passivos solidários, entre os quais os Srs. Paulo Vitor Cardoso e Adalberto Cardoso, ora embargantes.

O acórdão embargado foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

RECURSO DE OFÍCIO. EXONERAÇÃO PARCIAL. PIS/COFINS.

Restando comprovado que a douta turma julgadora de primeira instância, diante dos argumentos promovidos pelos recorrentes, efetivamente identificou nos autos casos em que, de acordo com as expressas disposições da Lei 10.925/2004, mostra-se indevida a exigência das contribuições para o PIS e a COFINS em decorrência das isenções ali então especificamente tratadas, mostrando-se, portanto, perfeitamente regular os ajustes promovidos.

DECADÊNCIA. REGRA GERAL. TERMO INICIAL.

Nos termos do entendimento esposado no REsp 973.733SC, de observância obrigatória por força do art. 62 A do Regimento Interno, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional), nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre. À evidência, nos casos de dolo, fraude ou simulação, igual regra deve ser aplicada, haja vista a excepcionalidade prevista no parágrafo 4º do art. 150 do diploma legal referenciado (Código Tributário Nacional). Assim, tratando-se, no caso concreto, de fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2004, à evidência, o 1º dia do exercício seguinte àquele em

que o lançamento poderia ser efetuado a que alude o pronunciamento judicial é o dia 1º de janeiro de 2006, eis que, se considerado o dia 1º de janeiro de 2005, o termo inicial previsto na norma que serviu de suporte torna-se inaplicável.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. IMPUTAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se a autoridade executora do procedimento de fiscalização logra êxito na demonstração da relação direta de determinada pessoa com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a sujeição passiva, sendo autorizada, assim, a inclusão de referida pessoa no pólo passivo das obrigações formalizadas.

Ao final, a parte dispositiva foi redigida como segue:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, NEGAR PROVIMENTO, pelo voto de qualidade, em relação aos Recursos Voluntários interpostos por Paulo Victor Cardoso, Marcelo Pereira Cardoso e Adalberto Cardoso, vencidos os Conselheiros, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator) e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto por Fabiana Cardoso Lee, vencido, em relação a este, o Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator). Para redigir os respectivos votos vencedores, designado o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.

A Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios, os quais foram admitidos e levados à apreciação do Colegiado em 05/04/2016. Na oportunidade, foi prolatado o acórdão nº 1301-001.973 (e-fls. 4082/4087), mediante o qual a Turma reconheceu e supriu a omissão apontada e, ao final, ratificou a decisão embargada. Esse novo acórdão, que expressamente integra e complementa o primeiro, recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

EMBARGOS. ACOLHIMENTO.

Restando constatado que o acórdão atacado incorreu em omissão, eis que não apreciou, na integralidade, os fundamentos que serviram de suporte à impetração de recurso de ofício por parte da Turma Julgadora a quo, há de se acolher os declaratórios para, sem efeitos infringentes, complementar a decisão.

TRIBUTAÇÃO EM DUPLICIDADE. COMPROVAÇÃO.

Não é merecedora de reparos a decisão que, lastreada em robustos fundamentos, exclui de tributação valores computados em duplicidade nas infrações imputadas ao contribuinte fiscalizado.

Os ora embargantes apresentaram duas peças processuais distintas (fls. 4141/4152 para o Sr. Paulo Vítor Cardoso; fls. 4159/4169 para o Sr. Adalberto Cardoso) de idêntico teor. Alegam os embargantes que o aresto combatido padeceria de vícios diversos, que especificam:

1. Omissão quanto aos documentos anexados ao memorial.
2. Contradição quanto à ilegitimidade passiva do embargante.
3. Obscuridade quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas.

4. Obscuridade quanto à isenção de PIS e COFINS sobre os produtos comercializados pela empresa autuada.
5. Contradição quanto à aplicação da multa qualificada.

Ao final, pedem o conhecimento e provimento dos embargos para sanar os vícios apontados, com efeitos modificativos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O Sr. Paulo Victor Cardoso tomou ciência dos acórdãos ora embargados em 03/06/2016, sexta-feira (AR à fl. 4133). Tendo sido os embargos de fls 4141/4152 apresentados em 10/06/2016, sexta-feira (comprovante de postagem às e-fls. 4139/4140), tenho que são tempestivos, à luz do prazo de cinco dias estabelecido pelo § 1º do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e alterações supervenientes.

Quanto ao Sr. Adalberto Cardoso, a tentativa de ciência, por via postal, dos acórdãos embargados restou frustrada, o que se depreende do AR devolvido pelos Correios (e-fls. 4137/4138). Não encontro nos autos comprovante de que a ciência tenha se dado por outra forma. Não obstante, em 20/06/2016 o Sr. Adalberto Cardoso opôs os embargos declaratórios de e-fls. 4159/4169, em que afirma que tomou conhecimento do acórdão, apesar da falta de intimação, e apresenta espontaneamente o recurso em questão. Também aqui impõe-se o reconhecimento da tempestividade.

Ademais, os embargantes apontaram objetivamente os vícios que pretendem ver sanados, atendendo, desta forma, o requisito regimental.

Atendidos os demais requisitos processuais, conheço dos embargos e passo a analisá-los. Dada a identidade de teor entre as peças recursais, a análise será feita em conjunto, na sequência em que apresentados os alegados vícios.

1. Omissão quanto aos documentos anexados ao memorial.

Sustentam os embargantes que teriam anexado ao memorial diversos documentos os quais, por sua ótica, seriam imprescindíveis para a solução da lide, reforçando a ilegitimidade passiva dos interessados. Nenhum desses documentos teria sido sequer mencionado na decisão embargada, diante do que os embargantes requerem que seja suprida essa omissão, com efeitos modificativos.

Os embargantes fazem menção a documentos que sequer estão nos autos.

Os memoriais são referidos no Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, no art. 53 do Anexo II, como segue:

Art. 53. A sessão de julgamento será pública, podendo ser realizada de forma presencial ou não presencial.

[...]

§ 4º Fica assegurado o direito de apresentar memoriais em meio digital previamente ao julgamento.

O Regimento Interno anterior, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações supervenientes, que vigia quando prolatado o acórdão embargado, tratava do assunto da mesma forma, no art. 53 de seu Anexo II:

Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.

[...]

§ 2º A sessão de julgamento não presencial, realizada por vídeo conferência, web conferência ou tecnologia similar, deverá assegurar:

[...]

III - a apresentação de memoriais em meio digital, previamente ao julgamento, e sustentação oral a partir de salas de recepção;

Os memoriais são documento facultativo às partes interessadas no processo, apresentados no momento da sessão de julgamento ou alguns poucos dias antes. Quando, por opção do interessado, esse documento é apresentado, consiste em breve resumo da lide e dos argumentos recursais, com o intuito de facilitar a compreensão dos Conselheiros que haverão de participar do julgamento. Salvo situações excepcionalíssimas requeridas pela parte, os memoriais não são acostados aos autos, como de fato não o foram no presente caso. Em hipótese alguma os memoriais podem ou devem ser empregados como veículo para a apresentação de provas não trazidas tempestivamente.

O momento para a apresentação de provas é com a impugnação, a teor do inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972. O mesmo dispositivo, em seus §§ 4º e 5º, elenca taxativamente as situações que autorizam a apresentação de provas fora daquele momento processual e o procedimento que deve ser adotado. Confira-se:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

No caso vertente, os documentos sequer foram juntados aos autos, sendo meramente apresentados juntamente com memoriais na sessão de julgamento em segunda instância, ao que afirmam os embargantes. Ademais, não se identifica qualquer petição de juntada de tais documentos, com a demonstração fundamentada da ocorrência de alguma das condições especificadas no § 4º, acima transcrito.

Diante disso, tenho como certo que a Turma Julgadora não tinha mesmo como se manifestar sobre tais documentos. Inexiste, pois, qualquer omissão a ser sanada, pelo que devem ser rejeitados os embargos, quanto a este ponto.

2. Contradição quanto à ilegitimidade passiva do embargante.

A contradição alegada é expressa pelos embargantes nos seguintes termos:

Ao decidir acerca do tema, esta ilustre corte entendeu por manter a coobrigação, sob o fundamento de que o Recorrente em tela, [...], seriam os chamados "sócios de fato" da contribuinte.

Ocorre que, é possível verificar na r. decisão embargada que o ilustre Relator reconhece expressamente que não existe nos autos qualquer documento que comprove que o Recorrente possuía poderes de gestão sobre a empresa Progresso Alimentos Imp. E Exp. Ltda.

Ora, como poderia ser o Recorrente o real sócio administrador da contribuinte se não tinha poderes para administrá-la?

Percebe-se, portanto, uma contradição no julgado, já que mesmo tendo o ilustre Relator reconhecido que o Recorrente não possuía poderes de administração sobre a empresa contribuinte, foi prolatada decisão no sentido de que seria o Sr. Adalberto a pessoa que efetivamente a administrava.

A matéria foi abordada pelo acórdão embargado conforme a seguir transcrito (fls. 4041/4043, grifos não constam do original):

O primeiro ponto destacado pelos recorrentes refere-se ao fato de que, nenhum deles, nunca teria feito parte do quadro societário da empresa autuada (PROGRESSO), sendo certo, também, que quando da lavratura dos correspondentes autos de infração, nenhum deles sequer se mantinha sócio da empresa PINK, pretendo, com isso, então, o reconhecimento de sua "ilegitimidade passiva".

Entretanto, a par de todos os esforços empreendidos nas peças apresentadas, é importante ressaltar que, **no presente caso, está-se diante de acusação de efetiva e verdadeira operação fraudulenta, em que os então “diretores de fato” do grupo PINK, promoveram a constituição de outra empresa (“empresa de fachada”), a partir da utilização de “laranjas”,** com o intuito claro e objetivo de efetivamente de encobrir as operações verdadeiramente realizadas, e, com isso, escudar-se das possíveis responsabilidades daí decorrentes.

A sua não apresentação formal no contrato social das referidas empresas, então, é, na verdade, um dos fundamentos próprios do lançamento efetivado, sobretudo porque, acaso fosse possível ali a sua verificação, certamente, o direcionamento da ação fiscal seria diversa daquela aqui então intentada.

Na verdade, **todos os recorrentes indicados atuaram, de fato, como diretores diretos dos empreendimentos, tomando decisões e direcionando práticas que, apesar de inicialmente encobertas pelos padrões formais utilizados, eram a eles então diretamente relacionadas.**

[...]

Aliás, é importante destacar: no caso, **não se trata de “presunção”, mas sim de verificação efetivamente material de que a atuação de todos estes indicados responsáveis mantinha-se ostensiva no controle das atividades da empresa PINK, e, também, na própria PROGRESSO, não se podendo considerar, de forma alguma, a simples composição formal do contrato social como suficiente para elidir a sua responsabilidade no presente feito.**

A ausência de documento material que comprove a existência de “poderes de gestão” desses responsáveis indicados, mais uma vez, é exatamente o caminho por eles dolosamente pretendido para pretender a burla ao sistema tributário, da forma como aqui desenhado, não servindo, absolutamente, como meio para possibilitar a desconstituição do lançamento.

[...]

Da leitura desse trecho – **confirmado pela análise dos demais elementos contidos nos autos,** verifica-se que, ao contrário do que afirmam os recorrentes, mesmo nunca tendo feito parte do quadro societário da empresa PROGRESSO, e, ainda, tendo-se já formalmente retirado do contrato social da empresa PINK, **os senhores Paulo Victor Cardoso, Adalberto Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso efetivamente continuavam no controle das atividades do grupo, verificando-se no caso, então, a presença clara da fraude e, com isso, a perfeita regularidade da imputação de responsabilidade tributária,** da forma como aqui então efetivado.

Aliás, a respeito do pagamento de valores aos recorrentes, verifica-se que, apesar de suas alegações genéricas de que os referidos montantes “poderiam” ser referentes a dívidas passadas, não se verifica nos autos uma prova sequer dessa alegação, não se podendo aqui, de forma alguma, considerá-la como séria.

A responsabilidade tributária, no presente caso, decorre da verificação da presença da atuação fraudulenta, reconhecendo-se então todos os recorrentes aqui indicados como efetivos e verdadeiros “gestores” da contribuinte – sobretudo por atuarem materialmente como dirigentes de seus desígnios, aplicando-se, assim, com perfeição, as disposições do Art. 135, inciso III do CTN. [...]

Diante dessas considerações, completamente infundadas, verificam-se, são as arguições trazidas de suposta ilegitimidade passiva dos recorrentes, sendo aqui de se reconhecer, de fato, que no caso está-se a tratar de imputação de responsabilidade tributária dos conhecidos “*diretores de fato*” da pessoa jurídica autuada, fato esse devidamente comprovado nos autos e, em momento algum, objetivamente desconstituído pelos recorrentes.

Como se pode verificar, inexistente qualquer contradição entre a decisão embargada e seus fundamentos. À vista da acusação fiscal e da farta documentação constante dos autos, o Colegiado entendeu estar diante de fraude que ocorreu mediante atuação direta, entre outros, dos ora embargantes. Nesse contexto, a “*ausência de documento material*” a que tanto se apegam os embargantes foi tida pela Turma como elemento adicional a confirmar o intuito doloso de burlar o sistema tributário, buscando ocultar o real sujeito passivo da relação jurídica tributária. O principal fundamento adotado pelo Colegiado para manter a sujeição passiva por responsabilidade foi o reconhecimento de que, de fato, os ora embargantes (entre outros) se mantinham à frente das atividades do grupo empresarial, não obstante a retirada meramente formal em momento anterior e a inexistência de documento formal que lhes atribuísse poderes. A realidade dos fatos provados nos autos superou e desmentiu largamente a realidade puramente formal.

Pelo exposto, deve-se negar provimento aos embargos, também quanto a este ponto.

3. Obscuridade quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Os embargantes lembram que o Fisco se valeu de provas extraídas do processo judicial em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Justiça Federal de Belo Horizonte, que visou investigar a denominada “*Operação Castelhana*”. Referido processo estaria tramitando sob o sigilo da Lei nº 9.296/96, de tal sorte que qualquer prova dele extraída deveria estar acompanhada de autorização judicial para seu compartilhamento.

Sustentam os embargantes que seriam terceiros em relação aos réus do processo judicial, e que inexistiria autorização judicial para uso das provas para fins de apuração de infrações tributárias de terceiros. Em assim sendo, as provas teriam sido obtidas por meio ilícito, e inadmissíveis no processo (CS/88, art. 5º, inciso LVI).

A decisão embargada teria se limitado a afirmar que não há fundamento legal para suscitar a ilegalidade de tais provas, já que estas provas não poderiam limitar-se às partes do processo judicial. Os embargantes, então, requerem o saneamento de obscuridade no julgado, para que a Turma julgadora esclareça “*se vislumbra nos autos que houve autorização expressa para compartilhamento dos dados sigilosos relativamente ao Recorrente e, caso não verifique, reconheça a ilicitude das provas apresentadas, declarando, desta forma, o cancelamento da presente atuação*”.

O acórdão embargado tratou da matéria como segue (fl. 4044):

No que se refere à pretendida inoponibilidade da quebra de sigilo a (supostos) “terceiros”, com a mais respeitosa vênua, não há razão alguma para o seu acolhimento na presente vertente, sobretudo porque a consideração apresentada não possui qualquer substância legal.

A prova da ocorrência de ilícitos que acarretam a incidência tributária, definitivamente, prestam-se sim para a apuração dos montantes devidos e a sua co-respectiva exigência, não se podendo, de forma alguma, limitar-se a imputação, no caso, apenas às partes do respectivo processo judicial.

Embora de modo sintético, a matéria foi abordada pelo acórdão embargado. A dúvida (obscuridade) suscitada pelos embargantes diz respeito à necessidade, ou não, de autorização expressa para compartilhamento dos dados sigilosos relativamente a eles (embargantes), com citação nominal.

Esclareça-se que o entendimento do Colegiado se baseou na autorização judicial para compartilhamento de provas com a Receita Federal. O documento é citado tanto pelo Termo de Verificação Fiscal (fl. 84) quanto no recurso voluntário dos sujeitos passivos solidários (fl. 3987), e não há discussão sobre seu teor. O TVF afirma que (grifo não consta do original):

Não obstante os documentos se encontrarem sob sigredo de justiça, o MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, determinou a extensão da quebra de sigilo à Receita Federal, asseverando que **só podem ser aproveitados pela autoridade fiscal os dados pertinentes à fiscalização para efeito de constituição de crédito tributário**, devendo a autoridade administrativa preservar o sigilo dos dados a que tenha acesso.

No recurso voluntário (fl. 3987) o então recorrente transcreve excerto do documento de autorização judicial (grifo não consta do original):

"EXTENSÃO DA QUEBRA DE SIGILO RECEITA FEDERAL

...

ADEMAIS, **SÓ PODEM SER APROVEITADOS PELA AUTORIDADE FISCAL AQUELES DADOS PERTINENTES À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, ISTO É, PERTINENTES FISCALIZAÇÃO PARA EFEITO DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO**, SENDO CERTO QUE, POR DEVER DE OFÍCIO, A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, ESTA OBRIGADA A PRESERVAR O SIGILO DOS DADOS A QUE TENHA ACESSO, CONFIGURADO INFRAÇÃO PENAL A EVENTUAL DIVULGAÇÃO QUE VENHA A SER FEITA.

DESSE MODO, DETERMINO A INTIMAÇÃO DO SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL EM MINAS GERAIS, A FIM QUE DESIGNE EQUIPE PARA ANALISAR OS AUTOS RELATIVOS AS QUEBRAS DE SIGILO TELEFÔNICO, BANCÁRIO, INFORMÁTICO E TELEMÁTICO, BEM OS MALOTES DERIVADOS DAS APREENSÕES REALIZADAS NESTES AUTOS E ACAUTELADOS NESTA SECRETARIA, **A FIM DE SUBSIDIAR EVENTUAL INSTAURAÇÃO DE AÇÕES FISCAIS OU AINDA INSTRUIR AÇÕES JÁ INSTAURADAS**.

Ora, a autorização judicial foi de compartilhamento de documentos para fins de constituição de crédito tributário. E, nesse mister, a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária é ponto de fulcral importância, a teor do art. 142 do Código Tributário Nacional, *verbis* (grifo não consta do original):

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário** pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A **atividade** administrativa de lançamento é **vinculada e obrigatória**, sob pena de responsabilidade funcional.*

Nessa linha de raciocínio, a constituição de crédito tributário com base nas provas cujo aproveitamento foi autorizado judicialmente não pode se limitar àquelas pessoas em face das quais foi inicialmente instaurada a ação penal, mas também deve se estender aos demais coobrigados pela prática das infrações tributárias, corretamente identificados no curso do procedimento administrativo que conduziu ao lançamento como responsáveis tributários, na forma do art. 135 do CTN.

Considero, assim, sanada a obscuridade apontada.

Em conclusão, quanto a este ponto, os embargos devem ser acolhidos para esclarecimento de obscuridade, sem efeitos modificativos.

4. Obscuridade quanto à isenção de PIS e COFINS sobre os produtos comercializados pela empresa autuada.

Nas palavras dos embargantes:

O Recorrente demonstrou, por meio de seu Recurso Voluntário, que a maioria dos produtos comercializados pela empresa contribuinte possuía isenção de PIS e COFINS, em razão das disposições da Lei 10.925/2004.

[...]

Através da documentação que integra este PTA, em especial no que tange às notas fiscais que compõem o Anexo II desta autuação, se verifica que a empresa Progresso Alimentos comercializou, em sua imensa maioria, os seguintes produtos: Bebida Láctea (derivada do leite - em pó); Feijão Cariquinha; Arroz Agulhinha, Fubá de Milho.

Percebe-se, portanto, que, ao contrário do que exposto nas razões do r. acórdão em análise, não houve argumentação genérica do Recorrente, e sim a indicação expressa de quais produtos eram comercializados e quais eram beneficiados com a isenção. Ademais, todo o alegado pelo Recorrente pode ser facilmente verificado através da documentação existente nos autos. Sendo assim, tem-se que o julgado em análise se apresenta obscuro quanto a este ponto, pois, não é possível se auferir se os documentos constantes nos autos foram desconsiderados e, se sim, porque o foram.

Veja que as notas fiscais mencionadas, por si só, comprovam que a maior parte das operações realizadas pela contribuinte eram isentas de PIS e COFINS, não sendo possível se afirmar que "... os recorrentes alegam, sem nada provar". Sendo assim, tem-se que imprescindível que a obscuridade descrita seja sanada, a fim de

que possa haver a melhor solução para a controvérsia verificada no processo administrativo em tela.

Eis como a matéria foi tratada pelo acórdão embargado (fl. 4048, grifo não consta do original):

Dando continuidade às suas argumentações, aduzem ainda os recorrentes que, em relação às atividades desenvolvidas pela contribuinte, aplicável seria a isenção de que trata a Lei 10.925/2004, sendo indevida, portanto, a cobrança de quaisquer montantes em relação aos fatos geradores a eles relacionados.

A norma em questão, vale destacar, refere-se como aqui já antes apontado, à previsão de isenção do PIS e da COFINS sobre a comercialização de diversos produtos alimentícios, ali se verificando, de fato, a possibilidade da presença de diversos itens comercializados pela contribuinte.

Ocorre que, ao contrário do que pretendem fazer crer os recorrentes, a autuação efetivada, como aqui desde antes apontado, teve como meio o “arbitramento do lucro”, especificamente por força do não-atendimento reiterado da contribuinte às intimações encaminhadas pelos agentes da fiscalização, a respeito dos registros contábeis e fiscais por ela então supostamente mantidos.

A contribuinte não apresentou qualquer documentação, somente se verificando essas a partir dos documentos arrecadados pelos agentes da fiscalização, ou ainda, quando da apresentação das respectivas impugnações ao lançamento.

A respeito da análise dos elementos contidos nos autos, e, no caso, a efetiva e adequada redução do montante tributável, foi efetivado quando da prolação da h. Decisão de Primeira Instância, sendo esse tema, inclusive, aqui especificamente enfrentado quando de nossa apreciação do competente Recurso de Ofício.

A rigor, competiria à contribuinte a entrega regular, ao tempo e modo devido, dos documentos requeridos pelos agentes da fiscalização, o que, assim não procedendo, não pode agora, de forma completamente desvinculada de qualquer comprovação fática objetiva, pretender a anulação ou redução do montante lançado.

Aliás, conforme já aqui destacamos, **a d. Turma de origem, visando garantir a regularidade do lançamento, e a inviabilidade de discussões futuras sobre a regularidade da cobrança, especificamente analisou as notas fiscais juntadas aos autos, promovendo já a adequação dos montantes exigidos nos presentes autos, nada mais restando a ser aqui, então, efetivamente apreciado em relação a essa matéria.**

Tendo em vista que os recorrentes apenas alegam, sem nada provar, **em relação ao enquadramento do restante de suas operações na hipótese assentada**, não se pode aqui, de forma alguma acolher a pretensão da forma como então aqui aduzida.

Como se vê, a análise da documentação trazida aos autos, inclusive com a redução da exigência de PIS e COFINS, onde cabível, foi feita já em primeira instância administrativa, e foi objeto do reexame necessário (recurso de ofício) pelo acórdão embargado, o qual confirmou o afastamento parcial das exigências. Isso se constata no seguinte trecho que consta do voto acerca do recurso de ofício, às fls. 4038/4040):

Da análise dos fundamentos adotados pela r. decisão de primeira instância, verifica-se que, apesar de reconhecer, no caso, que a contribuinte, devidamente intimada, não teria, ao tempo e modo devido, efetivamente apresentado os documentos contábeis e fiscais que refletissem a realidade de suas atividades, **a doura autoridade de primeira instância, analisando os argumentos expedidos pelas impugnações apresentadas, efetivamente reconhece a aplicabilidade das disposições da Lei 10.925/2004, que, estabelecendo a isenção da incidência do PIS e da COFINS sobre diversos produtos potencialmente comercializados pela autuada, impõe então a necessária redução dos encargos respectivos onde tais fatos, a partir dos elementos contidos autos, possam então efetivamente ser apurados.**

Com espeque nas disposições do Decreto 5.630/2005, que, regulamentando as disposições da referida Lei (e de todas as sucessivas alterações a ela relacionadas), aponta em relação a cada produto a sua aplicabilidade temporal, foram então efetivamente analisadas as notas fiscais especificamente trazidas aos autos, promovendo-se, a partir daí, a dedução dos montantes apurados daqueles anteriormente apresentados, e, com isso, garantindo a integral eficácia da norma referenciada.

[...]

A partir da análise desses fundamentos, o que se verifica é que, **a partir dos documentos expressamente contidos nos autos, os agentes da doura DRJ promoveram o levantamento dos montantes que, ao menos em tese, poderiam ser beneficiados pela isenção de que trata a Lei 10.925/2004, promovendo, assim, o batimento do valor apurado com o montante inicialmente lançado.**

[...]

Ao garantir a doura DRJ o abatimento dos montantes apurados a partir das Notas Fiscais posteriormente trazidas aos autos, o que se promoveu, então, foi apenas, e tão somente, o controle de legalidade do lançamento, garantindo-se a aplicação das disposições normativas próprias e, com isso, evitando eventuais questionamentos futuros a respeito de sua regularidade.

[...]

Em face dessas considerações, **entendo como regular a exoneração aqui apresentada, sobretudo porque, apesar de extemporâneos, os documentos apresentados de fato importam em efetiva prova de que parte dos montantes movimentados, por certo, não se submeteriam à incidência das contribuições do PIS e da COFINS, devendo, assim, então, ser efetivamente deduzidos do montante global apontado.**

Fica evidenciada, então, a inexistência de qualquer obscuridade. Os documentos (em especial, notas fiscais) acostados aos autos já foram examinados em primeira instância, tendo sido lá promovidas as reduções das exigências, em especial em face da comercialização dos produtos beneficiados com isenção de PIS e COFINS pela Lei nº 10.925/2004.

A decisão embargada assentou que o desprovimento do recurso voluntário, nessa parte, se deveu à falta de prova do enquadramento do restante das operações da interessada na isenção mencionada. Os então recorrentes não apontaram nem comprovaram

que o benefício da isenção pudesse alcançar parcela maior da exigência do que aquela já afastada em primeira instância.

Em sede de embargos, o que se constata é a intenção dos embargantes de rediscutir matéria já discutida e decidida em primeira instância e confirmada em segunda instância (diga-se de passagem, decidida em seu favor, na parte em que houve comprovação documental), não se verificando qualquer obscuridade.

Os embargos devem, pois, ser rejeitados quanto a este ponto.

5. Contradição quanto à aplicação da multa qualificada.

Nas palavras dos embargantes:

Verifica-se no r. acórdão que este r. Ente Julgador entendeu devida a multa qualificada, no patamar de 150%, por entender que houve fraude nas operações em análise, uma vez que supostamente foram utilizadas interpostas pessoas.

Ocorre que tal entendimento é extremamente contraditório, uma vez que a fraude que justifica a aplicação de multa qualificada somente será configurada quando esta estiver vinculada ao fato gerador da obrigação e não aos sujeitos que a envolvem.

[...]

O fato é que resta contraditória decisão que fundamenta a aplicação de multa no patamar de 150% pela suposta utilização de interpostas pessoas, tendo em vista que tal fato não autoriza a majoração da penalidade em questão.

Sendo assim, requer-se desde já que seja sanada a referida contradição, para que este Conselho se manifeste apontando a conduta vinculada ao fato gerador que ensejou a majoração da multa, ou, caso não verificada, cancele a aplicação de multa qualificada para o presente caso.

O acórdão embargado assim se pronunciou (fl. 4049):

Sobre esse tema específico, é relevante destacar que, ao contrário do que sustentam os recorrentes, toda a atuação se baseou, no caso, na presença e configuração de efetiva e verdadeira atuação dolosa, fraudulenta e dissimulada dos referidos responsáveis, que, escudando-se na formalidade com a utilização de agentes "laranjas", pretenderam verdadeiramente imiscuir-se do dever legal de pagamento de tributos, o que, inclusive, restou ampla e devidamente apresentado nos autos.

Registre-se que, a rigor, inexistente qualquer contradição entre a decisão (manter a multa qualificada) e seus fundamentos (a atuação dolosa, fraudulenta e dissimulada com a intenção de escapar à obrigação legal do pagamento de tributos). Os fundamentos são coerentes com a decisão e inexistente, assim, contradição a ser sanada pela estreita via dos embargos declaratórios, nos termos do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e alterações supervenientes.

Esclareça-se, por oportuno, que a conduta dolosa que busca, fraudulenta e artificialmente, alterar o sujeito passivo da obrigação tributária (apresentando interpostas pessoas ou "laranjas" como se fossem o real sujeito passivo) é, por certo, hipótese de

Processo nº 15504.018302/2010-11
Acórdão n.º **1301-002.262**

S1-C3T1
Fl. 4.402

qualificação da multa de ofício, a teor do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 c/c arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964. Esse entendimento já era expresso desde o lançamento, como se observa no Termo de Verificação Fiscal às fls. 101/102.

Os embargos devem ser, pois, rejeitados, quanto a esta matéria.

Conclusão.

Em conclusão, por todo o exposto, voto por rejeitar os embargos opostos pelos responsáveis tributários Sr. Paulo Vítor Cardoso e Sr. Adalberto Cardoso, no que se refere aos pontos 1, 2, 4 e 5, e acolher os embargos quanto ao ponto 3 para esclarecer obscuridade, sem efeitos modificativos, ratificando integralmente o quanto decidido pelo acórdão nº 1301-001.606, de 26/08/2014, complementado e integrado pelo acórdão nº 1301-001.973, de 05/04/2016.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha