



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

Processo n° 15563.000444/2010-27
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1301-002.834 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2018
Matéria IRPJ - Arbitramentos
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado IMBRA DISTRIBUIDORA E RECICLAGEM DE METAIS LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGAMENTO. Constatada omissão no acórdão embargado da análise de possível contradição entre a fundamentação e a conclusão da decisão de primeira instância, acolhe-se os embargos para saná-la.

CONTRADIÇÃO ENTRE FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. HIPÓTESE DE NULIDADE.

A contradição entre a fundamentação e a conclusão da decisão proferida pelo órgão julgador de primeira instância caracteriza hipótese de nulidade por cerceamento de direito de defesa e enseja a nulidade da decisão e dos atos processuais seguintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos, com efeitos infringentes, para sanar omissão e retificar o decidido no Acórdão 1101-000.908 para anular todos os atos processuais a partir da decisão de primeira instância, devendo os autos retornar à turma julgadora a quo para que profira nova decisão, nos termos do voto da relatora. Ausente momentânea e justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild. Participou do julgamento o Conselheiro Suplente Breno do Carmo Moreira Vieira.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felicia Rothschild, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Nelso Kichel e Roberto Silva Junior.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração (fls. 3.489 a 3.491) opostos pela Fazenda Nacional, em face do acórdão de recurso de ofício nº 1101-000.908 (fls. 3.479 a 3.487) proferido pela 1ª Turma da 1ª Câmara, na sessão de julgamento realizada em 13 de junho de 2013.

No referido julgado o Colegiado decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício relativamente à duplicidade de lançamento e, por maioria, negar provimento ao recurso de ofício relativamente ao agravamento da penalidade, conforme acórdão assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. NÃO ESCRITURAÇÃO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 prevê hipótese de presunção relativa de omissão de receitas ou rendimentos, que pode ser elidida a qualquer tempo com a apresentação dos documentos hábeis e idôneos a comprovar a origem dos valores.

LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA, OMISSÃO DE RECEITA. DUPLICIDADE.

Tendo em vista que o lançamento está baseado no art. 42 da Lei nº 9.430/96 que versa sobre presunção legal de omissão de receita, é necessário proceder a exclusão da receita bruta apurada como omissa dos valores da declarados pelo contribuinte em DIPJ.

DISSOCIAÇÃO IRREGULAR. NÃO ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES. MULTA AGRAVADA. CONDUTA FRAUDULENTA.

Reputa-se correta a decisão que afastou o agravamento da multa de ofício aplicada pela falta de atendimento às intimações, em razão da dissociação da empresa, mas mantida a multa agravada, em percentual menor (150%) pela conduta fraudulenta.

Recurso de Ofício Improvido

Cientificada da decisão, a Fazenda Nacional opôs, com fundamento no art. 65, inciso II, da Portaria nº 256/2009, embargos de declaração em que alegou a existência de obscuridade no acórdão ao desagravar a multa para reduzi-la ao percentual de 150%, tendo em vista que a matéria não foi objeto de recurso de ofício da decisão de primeira instância. Com o objetivo de comprovar que a DRJ manteve a multa majorada no percentual de 225%,

transcreveu nos embargos excertos da ementa e voto condutor do acórdão de primeira instância:

"DA EMENTA:

"MULTA DE OFÍCIO. MAJORAÇÃO POR FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO.

A falta de atendimento à intimação justifica o agravamento da penalidade imposta sempre que seja não justificada ou motivada, revelando descaso ou conduta deliberada com o objetivo de impedir ou dificultar a auditoria."

DO VOTO CONDUTOR:

"A falta de atendimento às intimações formalizadas pelo Fisco ensejam a majoração da penalidade aplicável, nos termos da legislação acima mencionada, sempre que seja não justificada ou motivada, revelando descaso ou, ainda, deliberada intenção de dificultar ou impedir o desenvolvimento da auditoria. Foi exatamente este o caso dos autos. Várias intimações foram formalizadas e nenhuma delas foi atendida e nem sequer respondida pela pessoa jurídica ou por seus sócios

Confirma-se, portanto, a majoração a que alude o parágrafo segundo do art 44 da Lei 9.430/96."

No despacho de admissibilidade dos embargos, após transcrição de excerto do voto condutor do acórdão DRJ, restou consignado que, pesar da aparente contradição derivar da própria decisão da DRJ, entendeu-se necessária a apreciação pelo Colegiado da irresignação da Procuradoria da Fazenda Nacional. Assim, em juízo de admissibilidade sumária, o Presidente da 1ª Turma da 1ª Câmara, constatando a contradição suscitada pela embargante, com base nos arts. 25 e 65, § 2º do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria nº 256/2009, conheceu dos embargos e determinou sua apreciação pela Turma.

É o relatório.

Voto

Conselheira Milene de Araújo Macedo, Relatora

Os autos foram encaminhados à Procuradoria da Fazenda Nacional em 21/07/2014 (fls. 3.488) e, nos termos do art. 7º, § 5º da Portaria MF nº 527/2010, a Fazenda foi presumidamente cientificada do Acórdão de Recurso de Ofício em 19/08/2014. Considerando que os embargos foram apresentados em 20/08/2014 (fls. 3.489 a 3.491), dentro do prazo de 5 dias estabelecido pelo § 1º do art. 65 do Anexo II da Portaria MF nº 256/2009, tenho-os por tempestivos.

Nos embargos opostos a Fazenda Nacional alegou a existência de obscuridade no acórdão ao desagravar a multa para reduzi-la ao percentual de 150%, tendo em vista que a matéria não foi objeto do recurso de ofício da decisão de primeira instância.

Em sede de juízo de admissibilidade, foi identificada aparente contradição na própria decisão da DRJ, entre sua fundamentação e as conclusões, motivo pelo qual os

embargos foram admitidos pelo Presidente da Turma para que fosse apreciada pelo Colegiado a irresignação apontada pela Fazenda Nacional.

A 1ª Turma Ordinária/1ª Câmara/1ª Seção, ao apreciar o recurso de ofício, entendeu que teria havido o desagravamento da multa para 150%, e proferiu a seguinte decisão no acórdão ora embargado:

"No que diz respeito à multa que foi aplicada no percentual de 225%, o órgão julgador *a quo* afastou o agravamento da multa referente à falta de atendimento às intimações formalizadas mantendo a qualificação da multa no percentual de 150% por entender presente o intuito fraudatório.

Também não há que se corrigir tal entendimento.

A Lei nº 9.430/96 versa sobre a qualificação e o agravamento das multas quando do lançamento de ofício, vide abaixo:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis;

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos (...)"

No caso em análise, verifica-se que houve dissolução irregular da sociedade nos moldes do previsto na súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça ("*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes,...*").

Portanto, o caso concreto enquadra-se na presunção de dissolução irregular da sociedade, tendo em vista que houve mudança de endereço e não se comunicou à Receita Federal do Brasil.

Ademais, da análise das alterações do contrato social, é patente a presença de interposta pessoa, tanto pelo fato de que as pessoas que constam como sócias no contrato social não possuem capacidade financeira condizente com a realidade da empresa, como pela presença de procurações conferindo poderes de gestão e administração aos verdadeiros proprietários.

Neste panorama, o montante do valor omitido, que por si só não seria indicio de fraude, ganha outros contornos e evidencia o intuito de não recolher aos cofres públicos os valores devidos.

Já quanto ao agravamento da multa, previsto no parágrafo 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não deve ser aplicada ao caso concreto, pois como já mencionado a

empresa sofreu dissolução irregular, motivo pelo qual não poderia prestar os esclarecimentos devidos quando solicitados.

Em relação à exigência em concomitância das multas agravadas pelo não atendimento às intimações para a apresentação de livros e documentos e pela intenção de fraudar o Fisco, reputo correto a decisão recorrida quando afastou a possibilidade da exigência em duplicidade, em conformidade com a jurisprudência predominante deste colendo CARF, in verbis:

[...]

Pois, de fato conforme bem frisou o voto condutor do mencionado acórdão, *"uma vez arbitrado o lucro pela falta de apresentação dos documentos exigidos, não cabe o agravamento da multa. Para a não apresentação dos livros e demais documentos necessários à apuração do lucro real a penalidade é a exigência dos tributos de forma arbitrada, não cabendo exigir, concomitantemente, o agravamento da multa pela não apresentação de tais documentos"*.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício por entender correto o recálculo da base de tributação excluindo-se os valores em duplicidade, bem como a quanto à redução do percentual da multa agravada, mantida em 150%."

Verifica-se portanto, que diversamente do alegado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, inexistente obscuridade no acórdão embargado. Resta claro que a motivação pela qual a Turma julgadora manteve o desagravamento da multa foi a constatação da dissolução irregular da empresa e, conseqüentemente, sua impossibilidade em prestar os esclarecimentos solicitados pela fiscalização.

O vício existente no acórdão embargado é a omissão na análise de possível contradição entre a fundamentação e conclusão da decisão proferida pelo órgão julgador de primeira instância. Assim, em respeito ao princípio da fungibilidade dos recursos, acolho os embargos como omissão e passo à análise do mérito.

De fato, a parte dispositiva do Acórdão nº 12-41.995 - 6ª Turma da DRJ/RJ1, bem assim, sua ementa são no sentido de manter a aplicação da multa no percentual de 225%. Vejam os excertos do referido acórdão:

""MULTA DE OFÍCIO. MAJORAÇÃO POR FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO.

A falta de atendimento à intimação justifica o agravamento da penalidade imposta sempre que seja não justificada ou motivada, revelando descaso ou conduta deliberada com o objetivo de impedir ou dificultar a auditoria."

[...]

"Vistos os autos do presente processo, ACORDAM os membros desta Turma de Julgamento, por maioria de votos, vencido o julgador Rodrigo Luiz de Azevedo Ferreira Bettamio, rejeitar a preliminar de tempestividade e, no mérito, por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL à impugnação apresentada e declarar devidos os seguintes valores, acrescidos de multa de 225% e juros de mora:"

Da mesma forma, toda fundamentação do voto é para manutenção da multa agravada no percentual de 225%:

"6. Qualificação da multa

Nos termos da descrição de fatos apresentada, com fundamento no art 44, inciso II e § 2º da Lei 9.430/96, a multa lançada foi agravada para 225%, por ter a autoridade autuante entendido estar caracterizada, no caso concreto, intenção deliberada, por parte do sujeito passivo, de omitir a ocorrência dos fatos geradores ora tributados e, ainda, pela falta de atendimento às intimações fiscais formalizadas.

A redação do artigo 44 da Lei 9.430/96 é a que abaixo reproduzo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

.....

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - prestar esclarecimentos;

.....

A falta de atendimento às intimações formalizadas pelo Fisco ensejam a majoração da penalidade aplicável, nos termos da legislação acima mencionada, sempre que seja não justificada ou motivada, revelando descaso ou, ainda, deliberada intenção de dificultar ou impedir o desenvolvimento da auditoria. Foi exatamente este o caso dos autos. Várias intimações foram formalizadas e nenhuma delas foi atendida e nem sequer respondida pela pessoa jurídica ou por seus sócios

Confirma-se, portanto, a majoração a que alude o parágrafo segundo do art 44 da Lei 9.430/96.

Quanto ao agravamento previsto no parágrafo primeiro do referido art 44, faço as considerações que seguem.

A conduta imputada à interessada foi descrita como fraudulenta tendo em vista a intenção deliberada, que as autoridades fazendárias entenderam configurada, de omitir e/ou prestar informações falsas ao fisco com a finalidade específica de reduzir ou suprimir tributos. Tal conduta é a descrita do art 1º da Lei 8.137/90, cuja redação é a seguinte:

Art 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributos, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar informação falsa às autoridades fazendárias

.....

Ratifico o agravamento da multa ora em foco, por entender que os fatos apurados na autuação, se considerados em conjunto, realmente indicam a intenção deliberada de suprimir tributos.

O primeiro destes fatos, por si só insuficiente, mas relevante no conjunto, é o aspecto quantitativo das receitas omitidas. Enquanto as vendas regularmente informadas ao fisco, na DIPJ de 2005, alcançam R\$ 44.944.935,58, as apuradas mediante circularização chegaram ao total de R\$ 118.664.102,49. O percentual das receitas mantidas à margem dos controles do fisco é de tal ordem que tornam improváveis meros equívocos nos registros financeiros.

Soma-se a este primeiro indício a manutenção, junto à RFB, de endereço inexistente, além da imputação, não contestada direta e especificamente na peça de defesa, de que a interessada foi constituída de forma a contemplar, em seu contrato social, interpostas pessoas, sem interesse efetivo nos resultados da atividade empresarial. Tal artifício objetivaria preservar o patrimônio dos sócios efetivos.

A existência de sócios meramente formais foi demonstrada :

- pela baixa capacidade financeira destes;
- pela formalização de documentos de procuração que conferiam poderes amplos de gerência, administração e movimentação financeira aos efetivos interessados na atividade empresarial;
- pelo depoimento coincidente dos Srs Mario Martinez do Canto e José Roberto Martinez do Canto, beneficiados pelas procurações acima referidas, que afirmaram que "*a IMBRA pertencia ao Sr Izoli*", que não constava como sócio dos contratos sociais obtidos.

À vista dos fatos expostos, afasto o agravamento da multa de ofício fundamentado na falta de atendimento às intimações formalizadas e, considerando demonstrada a conduta fraudulenta, concluo pelo prosseguimento da referida multa pelo percentual de 150%."

Entretanto, no último parágrafo do excerto do voto acima transcrito, a conclusão é contrária à fundamentação e determina o afastamento do agravamento da multa de ofício.

O art. 59, do Decreto nº 70.235/72, ao tratar das hipóteses de nulidades dos atos administrativos, relaciona em seu inciso II, as decisões proferidas com preterição do direito de defesa:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. [\(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993\)](#)

Assim, demonstrada a contradição entre a fundamentação e conclusão da decisão proferida pelo órgão julgador de primeira instância, com o fim de evitar posterior alegação de nulidade por cerceamento de direito de defesa, voto por anular a decisão proferida no Acórdão nº 12-41.995 pela 6ª Turma da DRJ/RJ1, e todos atos processuais seguintes, a fim de que seja proferida nova decisão.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto por acolher os embargos, com efeitos infringentes, para sanar omissão e retificar o decidido no Acórdão nº 1101-000.908 para anular todos os atos processuais a partir da decisão de primeira instância, devendo os autos retornar à turma julgadora a quo para que profira nova decisão.

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo