



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16004.001550/2008-10
Recurso Embargos
Acórdão nº 1401-004.130 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2020
Embargante ELIZEU MACHADO FILHO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Embargos admitidos por força de decisão judicial, arguição de omissão não acolhida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não acolher os embargos, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos (fls. 9108-9173) opostos por LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES (Responsáveis Solidários pelo crédito tributário lançado contra ELIZEU MACHADO FILHO - ME) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1401-001.417, de 25/03/2015, cuja admissibilidade ora se analisará em cumprimento à decisão judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 1020278-92.2018.4.01.3400.

Esclareça-se que a apreciação da admissibilidade dos referidos embargos já havia sido anteriormente realizada, por meio do despacho de fls. 9302-9304, com base no qual os

mesmos foram admitidos apenas parcialmente, com relação a uma única alegação dos embargantes, qual seja:

“Arguição de obscuridade na referência das fls. dos autos onde se encontra a decisão recorrida, inviabilizando conhecer a fundamentação da decisão embargada e, conseqüentemente, apresentar eventual recurso especial;”

É o que restou consignado no seguinte excerto daquele despacho, verbis:

“Analisando os autos, verifiquei que assiste razão aos embargantes Rodrigo da Silva Peres e Luciano da Silva Peres, exclusivamente no que tange a arguição de obscuridade na referencia das folhas dos autos onde se encontra a decisão de 1ª instancia (decisão recorrida).” (destaques acrescidos)

Naquele mesmo despacho, ainda para conhecimento, foram também analisados os embargos opostos ao acórdão em questão pelo próprio contribuinte (ELIZEU MACHADO FILHO - ME), assim como por outro dos responsáveis solidários apontados pela fiscalização (NIVALDO FORTES PERES), tendo sido ambos rejeitados, consoante se depreende também do seguinte excerto daquele despacho, verbis:

No tocante as demais arguições apresentadas por estes e pelos demais embargantes, num juízo perfunctório, considero que as mesmas não representam autênticas omissões, contradições ou obscuridades, capazes de justificar a admissão dos presentes embargos.” (destaques acrescidos)

Posteriormente ao referido despacho, seguiram-se a Resolução n.º 1401-001.659, que converteu o julgamento em diligência (fls. 9544-9549) para promover o saneamento dos autos com relação à numeração das folhas, e o Acórdão n.º 1401-002.631, em 17/05/2018.

Ambas as decisões acima citadas fizeram expressa menção ao fato de que os embargos haviam sido apenas parcialmente admitidos, nos termos já aqui relatados, ou seja, apenas com relação àquela específica alegação dos embargantes LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES (“obscuridade na referência das fls. dos autos”).

O Acórdão n.º 1401-002.631, de 17/05/2018, acolheu os embargos, portanto, na exata conformidade do despacho de admissibilidade antes mencionado, e promoveu as devidas correções no acórdão com relação à numeração das folhas e, por entender que nenhum prejuízo ao direito de defesa dos embargantes ocorrera, manteve inalterado o resultado do julgamento consubstanciado no acórdão originalmente embargado (Acórdão n.º 1401-001.417).

Entretanto, os embargantes LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES impetraram mandado de segurança (MS n.º 1020278-92.2018.4.01.3400), por meio do qual obtiveram, do juízo, o deferimento parcial da liminar pleiteada, nos seguintes termos (íntegra da decisão às fls. 9781-9797):

“Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar para:

1) Suspender os efeitos do despacho de admissibilidade de id. 13937543 (fls. 554/556 da rolagem única) proferido no Processo n. 16004.001550/2008-10 — que somente os embargos de Rodrigo da Silva Peres e Luciano da Silva Peres foram admitidos, e tão somente em relação à arguição de obscuridade na referencia das folhas dos autos onde se encontra a decisão de 1ª instância (decisão recorrida) — e, conseqüentemente, dos

demais atos subsequentes do CARF proferidos nesse PAF, nos termos da fundamentação supra; e

2) Determinar à autoridade impetrada a realização de novo juízo de admissibilidade dos embargos de declaração opostos por ambos os impetrantes Rodrigo da Silva Peres e Luciano da Silva Peres, em 16 de novembro de 2015 (id. 13937542; fls. 488/505 da rolagem única), no prazo de 15 dias úteis, a contar da intimação desta decisão, ficando autorizada, desde já, e após esse novo juízo de admissibilidade, a dar sequência aos demais atos do PAF em questão.

Esse novo juízo de admissibilidade deverá ser realizado utilizando-se da correta norma aplicável, a saber, o art. 65, § 3º, do RICARF, com a redação originária conferida pela Portaria MF 343/2015 (O Presidente não conhecerá os embargos intempestivos e os rejeitará, em caráter definitivo, nos casos em que não for apontada, objetivamente, omissão, contradição ou obscuridade.), consoante fundamentação supra.”

Pelo exposto, verifica-se que foram inteiramente suspensos os efeitos da Resolução n.º 1401-001.659, assim como do Acórdão n.º 1401-002.631, de 17/05/2018, além do próprio despacho de admissibilidade de fls. 9302-9304, já foi determinado que o CARF proceda a uma nova análise da admissibilidade dos embargos apresentados por LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES.

Ao analisarmos a “fundamentação supra” mencionada na decisão judicial, verifica-se que a d. Juíza Federal Solange Salgado afastou a possibilidade de a autoridade monocrática decidir pela “manifesta improcedência” das alegações, “[tal] como foi realizado pelo i. Relator e defendido nas informações [prestadas ao juízo]”, pois esta possibilidade, de acordo com o decisum, foi conferida ao Presidente somente com a nova redação do § 3º do art. 65 do RICARF, dada pela Portaria MF n.º 39/2016.

Assim, nos termos da decisão judicial proferida, o Presidente somente poderá rejeitar os embargos, em despacho monocrático, “*nos casos em que não for apontada, objetivamente, omissão, contradição ou obscuridade*”. Caso contrário, deve admiti-los para que o colegiado sobre eles se pronuncie.

No estrito cumprimento da decisão judicial acima mencionada, cumpriu, portanto, pura e tão somente reexaminar a admissibilidade dos embargos opostos por LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES ao Acórdão n.º 1401-001.417, de 25/03/2015, à luz das restrições acima postas.

Nos referidos embargos (fls. 9108-9173), aduzem os embargantes, em síntese, os seguintes vícios:

1) Arguição de obscuridade na referência das fls. dos autos onde se encontra a decisão recorrida, inviabilizando conhecer a fundamentação da decisão embargada e, conseqüentemente, apresentar eventual recurso especial;

2) Arguição de omissão quanto a análise de petição do sr. Elizeu Machado Filho, juntada aos autos antes da prolação da decisão embargada, mas não analisada por este colegiado julgador;

- 3) Arguição de omissão sobre ponto essencial da defesa e de contradição na manutenção da responsabilização solidária na espécie;
- 4) Arguição de omissão quanto ao apontamento preciso da fundamentação da responsabilização por atos de gerencia;
- 5) Arguição de omissão quanto ao fundamento preciso do benefício indireto dos ilícitos praticados;
- 6) Arguição de contradição consistente na responsabilização genérica dos embargantes com base no contexto, em voto que analisa provas e alegações de outros acusados, em relação aos quais foi afastada a responsabilidade solidária.”

Nos termos do Despacho de Admissibilidade:

Conclusão

Em síntese e conclusão, por todo o exposto, e com fulcro no art. 65, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), com a redação dada pela Portaria MF N.º 343, de 09 de junho de 2015, sem as posteriores alterações dadas pela Portaria MF n.º 39, de 12 de fevereiro de 2016, e no estrito cumprimento da decisão judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança n.º 1020278-92.2018.4.01.3400, ADMITO PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos pelos embargantes LUCIANO DA SILVA PERES e RODRIGO DA SILVA PERES, para que sejam sanados os seguintes vícios mencionados nas cinco primeiras arguições aqui analisadas:

- 1) Arguição de obscuridade na referência das fls. dos autos onde se encontra a decisão recorrida, inviabilizando conhecer a fundamentação da decisão embargada e, conseqüentemente, apresentar eventual recurso especial;
- 2) Arguição de omissão quanto a análise de petição do sr. Elizeu Machado Filho, juntada aos autos antes da prolação da decisão embargada, mas não analisada por este colegiado julgador;
- 3) Arguição de omissão sobre ponto essencial da defesa [relativa à] responsabilização solidária na espécie;
- 4) Arguição de omissão quanto ao apontamento preciso da fundamentação da responsabilização por atos de gerência;
- 5) Arguição de omissão quanto ao fundamento preciso do benefício indireto dos ilícitos praticados.

A fim de possibilitar esclarecimentos adicionais, no sentido de dirimir qualquer dúvida da Embargante em relação ao recurso analisado, os embargos de declaração foram admitidos por força de decisão judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

Os embargos são tempestivos, para preencher todos os requisitos de admissibilidade, há que se verificar a existência dos vícios apontados.

Aduz a embargante a existência de omissão/obscuridade no julgado, rebatidos um a um, consoante os excertos dos embargos a seguir transcritos (Despacho de admissibilidade do MS):

A primeira arguição (“obscuridade na referência das fls. dos autos onde se encontra a decisão recorrida”) é procedente, e dispensa maiores comentários, porque inclusive já fora originalmente admitida pelo despacho originário (cujos efeitos foram suspensos pela decisão judicial).

De fato, naquele despacho assim já se manifestara o relator originário do acórdão acerca do problema relativo às referências feitas pela decisão embargada às folhas dos autos, verbis:

“Considerando as inúmeras referencias feitas pela decisão embargada a diversas folhas dos autos, considero necessário a retificação de tais referencias, com o intuito de assegurar o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório aos interessados.”

A segunda arguição (“omissão quanto a análise de petição do sr. Elizeu Machado Filho”) envolve, conforme visto, uma suposta omissão.

No que toca ao vício da omissão, é cediço que, nos termos da jurisprudência consolidada no STJ, não é necessário o julgador refutar um a um os argumentos apresentados pelas partes, quando encontrou motivos suficientes para decidir, conforme se verifica pelos julgados abaixo transcritos:

“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 inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 [“§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.” EDcl no MS 21.315-DF, Rel.Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.

“O Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes, tendo por finalidade os declaratórios dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões realmente existentes, pois existindo fundamentação suficiente para a composição do litígio, dispensa-se a análise de todas as razões adstritas ao mesmo fim, uma vez que o objetivo da jurisdição é compor a lide e não discutir as teses jurídicas nos moldes expostos pelas partes.” (EDcl na Ação Rescisória nº 770 - DF (1998/0035423-9), Relatora Eliana Calmon)

Entende-se, entretanto, que a decisão judicial, ao impedir que o Presidente possa rejeitar até mesmo aqueles pretensos vícios que sejam manifestamente improcedentes,

acabou por retirar, do Presidente, a possibilidade de emitir qualquer juízo de valor acerca de qualquer omissão que venha a ser apontada pelos embargantes.

Isto porque, obviamente, a parte recorrente sempre entende que os argumentos por ela apresentados são absolutamente relevantes e, por conseguinte, capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão (se tivessem sido adotados pela decisão embargada).

Neste contexto, portanto, ao menos no que toca ao vício da omissão, entende-se que, em cumprimento a decisão judicial, deve-se apenas confrontar a específica questão/argumentação exposta pelos embargante e verificar se tal questão/argumentação foi expressamente endereçada pela decisão embargada. Em não o sendo, restará “objetivamente apontada” a referida omissão, e os embargos devem ser admitidos, no ponto. Somente o colegiado, posteriormente, é que fará o efetivo juízo de valor acerca da “omissão” apontada, podendo então, optar por saná-la (acaso reconhecida a omissão) ou rejeitá-la (acaso não reconhecida a alegação como uma verdadeira omissão).

Com estas diretrizes em mente, e passando-se à análise da segunda arguição, constata-se a efetiva existência da mencionada petição apresentada pelo sr. Elizeu Machado Filho antes da prolação da decisão embargada (v. fls. 8643-8649), tal como foi mencionado pelos embargantes, e constata-se também que a referida petição não foi mencionada pela decisão embargada. Assim, conclui-se estar “objetivamente apontada” a referida omissão, devendo os embargos serem admitidos, no ponto.

Acerca da terceira arguição (“omissão sobre ponto essencial da defesa e de contradição na manutenção da responsabilização solidária na espécie”), verifica-se que os embargantes fazem referência ao argumento contido no tópico do recurso voluntário identificado como “2.5. Ação fiscal sobre a pessoa física do recorrente. Arbitrariedade última”, no qual alegam, em síntese, que, se de fato tivessem tido “todo este proveito econômico” que o fisco alega, seria “evidente que [teriam] auferi[do] renda e/ou [que] tiveram acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda devido pela pessoa física”. Contudo, segundo os embargantes, foi por eles provado que, “ao fiscalizar a sua pessoa física, a autoridade administrativa não lançou nenhum tributo referente à renda e/ou acréscimo patrimonial obtidos, supostamente, com a sua vinculação ao frigorífico RIO PRETO”.

Aí residiria, em síntese, no entender dos embargantes, a apontada “omissão e contradição”.

Analisando o aresto embargado, de fato constata-se inexistir menção no acórdão ao referido argumento, considerado pelos embargantes como essencial à sua defesa. Assim, nos estritos limites da decisão judicial proferida, conclui-se ter sido “apontada objetivamente” a referida omissão.

Por outro lado, depreende-se dos embargos que a suposta “contradição” estaria entre os fundamentos adotados no acórdão embargado para a manutenção da responsabilidade solidária dos embargantes e os fundamentos ora aqui delineados, e/ou, noutro giro, entre os fundamentos ora aqui delineados (mas não contidos no aresto embargado) e a decisão efetivamente proferida. Em qualquer das hipóteses, entretanto, não se trata, à toda evidência, e de forma alguma, de contradição “entre a decisão e os seus fundamentos”, única hipótese para a qual é previsto o cabimento de embargos de declaração, no que toca ao vício de contradição.

De qualquer sorte, a alegação apontada pelos embargantes configura, conforme dito, nos estreitos limites conferidos pela decisão judicial, uma hipótese de omissão, motivo pelo qual os embargos também devem ser admitidos, no ponto.

Acerca da quarta arguição (“omissão quanto ao apontamento preciso da fundamentação da responsabilização por atos de gerencia”), aduzem os embargantes ser “genérica” a afirmação contida no acórdão embargado de que eles “controlavam as empresas do grupo” (consoante o excerto do voto por eles transcrito nos embargos), sem uma demonstração precisa de “quais atos relatados e comprovados no processo denotam que os Srs. Luciano e Rodrigo teriam gerido negócios da Rio Preto ou de algum modo praticado atos de sonegação fiscal em operações realizadas pela Rio Preto Abatedouro”.

Analisando o aresto embargado a este respeito, identifica-se o seguinte excerto em que se analisa a responsabilidade dos embargantes:

“Às fls. 16536-16542 a decisão de piso enfrentou, de maneira objetiva e precisa, cada uma das alegações de defesa apresentadas por estes responsáveis solidários, que consistiu em tomar cada um dos fatos apurados de maneira isolada, de modo a que se perca a visão do contexto geral. Concordo integralmente com todas estas considerações que constam do voto condutor de piso. Abstenho-me, porém, de transcrevê-las, por razões de economia processual.”

Considerando-se o já noticiado problema com relação à numeração de folhas, o qual inclusive chegou a ser corrigido, conforme noticiado no Acórdão n.º 1401-002.631, de 17/05/2018 — cujos efeitos, contudo, estão suspensos — o que se pode ora registrar é apenas que, às fls. 16536-16542 mencionadas no excerto acima, atualmente correspondem as fls. 7.758-7.764.

Entretanto, considerando-se que não houve a efetiva transcrição, pelo relator, dos excertos da decisão de piso por ele considerados pertinentes, mas tão somente a referência (equivocada) a números de folhas do processo, e que este problema relativo à numeração de folhas foi inclusive causa da prolação de um novo acórdão, “com o intuito de assegurar o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório aos interessados”, cumpre desde já apenas reconhecer ter sido “apontada objetivamente”, pelos embargantes, a referida omissão.

Somente o colegiado poderá avaliar a efetiva suficiência dos argumentos ali contidos às fls. 7.758-7.764 para afastar (rejeitar) a alegação de omissão, ou a sua insuficiência, para então acolher e sanar a apontada omissão.

Acerca da quinta arguição (“omissão quanto ao fundamento preciso do benefício indireto dos ilícitos praticados”), os embargantes transcrevem novamente o mesmo excerto do voto por eles transcrito na quarta arguição (acima), desta feita para insurgir-se contra a genérica afirmativa do acórdão de que “eles auferiram benefícios diretos e indiretos dos ilícitos praticados, inclusive adquirindo imóveis”, contida na parte do voto que analisa, sob um mesmo título, as responsabilidades de Nivaldo Fortes Peres, Rodrigo da Silva Peres, e Luciano da Silva Peres.

Aduzem os embargantes que, de acordo com os termos da própria acusação, “os Srs. Rodrigo e Luciano jamais tiveram qualquer ligação direta com a Rio Preto Abatedouro, não podendo, por respeito ao próprio texto acusatório do auto de infração serem responsabilizados sob o fundamento de benefício direto da Rio Preto”. Neste contexto, a “vaga expressão ‘eles auferiram’” deveria ser substituída por uma

indicação precisa de quem auferiu benefício direto da empresa Rio Preto Abatedouro Ltda.

Já com relação ao benefício indireto, aduzem os embargantes que, “conforme o relato da acusação (com o qual não concordam), os Srs. Luciano e Rodrigo teriam adquirido imóveis com recursos provenientes de fraudulenta distribuição de lucros de uma empresa denominada Sol Importadora e Exportadora de Couros Ltda”, e passam a discorrer sobre o fato de que “jamais houve a desconsideração de atos de constituição de empresas como fundamento de acusação, [de modo que] a Sol e a Rio Preto são empresas distintas”, e de que “se a Sol não é responsabilizada solidariamente nesses autos, não se pode inferir benefício indireto dos Srs. Luciano e Rodrigo Peres”.

Assim, considerando-se os mesmos argumentos já acima expendidos, relativos ao noticiado problema com relação à numeração de folhas, e à ausência de expressa transcrição de fundamentos da decisão de piso (DRJ) ao voto condutor, e o estrito teor da decisão judicial proferida, cumpre apenas reconhecer ter sido “apontada objetivamente” a referida omissão, na medida em que os argumentos acima expostos, tal qual formulados pelos embargantes, de fato não se encontram expressamente endereçados pela decisão embargada.

Acerca da sexta arguição (“contradição consistente na responsabilização genérica dos embargantes com base no contexto, em voto que analisa provas e alegações de outros acusados, em relação aos quais foi afastada a responsabilidade solidária”), os embargantes aduzem o seguinte, verbis:

“Ao admitir a responsabilização dos acusados Luciano e Rodrigo Peres com base no ‘contexto’ de confusão patrimonial entre pessoas e empresas, fazendo prevalecer a ideia de irrestrita movimentação de recursos do ‘Grupo Nivaldo’ pelo ‘caixa’ Rio Preto Abatedouro, ao mesmo tempo em que, para outras pessoas, buscou perquirir o efetivo proveito pessoal nas fraudes perpetradas, a decisão incide em contradição importante”.

Ou seja, aduzem os embargantes que, enquanto a sua responsabilidade foi mantida com base em um “contexto fraudulento”, de outro lado tem-se que “para outros acusados (Maria Helena la Retondo, Antônio Giglio Sobrinho, Pedro Giglio Sobrinho e José Roberto Giglio) (...) a decisão tratou de definir que não havia ‘provas cabais’ para definir que ‘tivessem interesse comum nas situações que foram fatos geradores dos tributos devidos pela Rio Preto Abatedouro’.”

Pois bem.

Neste caso, mesmo considerando-se os estritos termos da decisão judicial proferida, inescapável é o fato de que a contradição que pode ser objeto de embargos é apenas aquela existente “entre a decisão e os seus fundamentos”, ante os precisos termos do caput do art. 65 do RICARF — o qual não sofreu alteração alguma, neste aspecto, nem pela Portaria MF n.º 39/2016, mencionada pela decisão judicial, nem tampouco por qualquer outro ato posterior.

Assim, não é qualquer “contradição”, ou qualquer coisa à qual os embargantes decidam dar o nome de “contradição”, que pode ser objeto de embargos.

Caberia aos embargantes apontarem objetivamente uma contradição entre a decisão e seus fundamentos, e isto os mesmos não lograram apontar.

Pelos próprios termos usados pelos embargantes nos embargos, verifica-se que os mesmos reconhecem que a decisão embargada expressamente afirmou que “não havia nos autos provas cabais do interesse comum” com relação a determinadas pessoas. Ora, em total conformidade com tal fundamentação (ausência de provas do interesse comum), a decisão embargada afastou a responsabilidade dessas pessoas.

Por outro lado, de acordo com o excerto do voto condutor transcrito pelos próprios embargantes nos embargos, viu-se que o relator expressamente consignou, na parte em que analisa as responsabilidades de Nivaldo Fortes Peres, de Rodrigo da Silva Peres, e de Luciano da Silva Peres, que “considero amplamente demonstrado que houve intensa migração de recursos entre estas empresas. Mais que isso, considero amplamente demonstrado que a RIO PRETO ABATEDOURO funcionou como verdadeiro caixa geral. Portanto, diante da confusão patrimonial promovida pelas pessoas físicas apontadas como responsáveis solidários, não apenas entre eles, mas sobretudo entre as empresas integrantes do grupo, resulta claro que eles controlavam as empresas do grupo, que os recursos migravam intensamente entre elas, umas suprimindo as outras quando necessário, e que eles auferiram benefícios diretos e indiretos dos ilícitos praticados, inclusive adquirindo imóveis”.

Assim, em total conformidade com tal fundamentação (ampla demonstração de provas do interesse comum), a decisão embargada manteve a responsabilidade dessas pessoas.

O que os embargantes pretendem, na verdade, é discutir os critérios de valoração das provas em cada caso, situação esta que, de forma alguma, configura hipótese ensejadora de embargos de declaração. A questão retratada pelos embargantes absolutamente nada tem a ver com qualquer espécie de contradição entre a decisão e seus fundamentos, a qual embargantes, portanto, não lograram apontar objetivamente, motivo pelo qual devem ser rejeitados os embargos, neste aspecto.

Revisando o inteiro teor da decisão embargada, verifica-se que realmente inexistente obscuridade/contradição a ser sanada.

Isto porque, as dúvidas levantadas pelo Embargante, já haviam sido sanadas pelo voto proferido pelo Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa no Acórdão 1401002.631, contudo ao que parece, considerando que o saneamento não se deu conforme as expectativas da Embargante, ela buscou por outros meios, invalidar tal decisão, no entanto, dada a assertividade encontrada nesse acórdão, apenas para evitar alegações de invalidação da decisão em razão da anulação do despacho de admissibilidade a ele precedente, bem como em homenagem ao bom trabalho feito pelo Conselheiro à época, adoto e transcrevo suas razões de decidir, no que diz respeito a inexistência de obscuridade/contradição a ser sanada quanto à questão envolvendo a análise das provas e as folhas as quais teriam sido anexadas:

Os Embargos de Rodrigo da Silva Peres e Luciano da Silva Peres são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, portanto deles tomo conhecimento.

Cabe destacar que este processo foi constituído originalmente em papel, sendo posteriormente convertido em meio digital. Desta forma, as citações de folhas feita neste voto referem-se ao processo digitalizado, a fim de facilitar a consulta, no e-processo, dos elementos referidos.

Importante observar que o objeto dos embargos resume-se tão somente à análise da obscuridade do acórdão do CARF, em razão da falha na numeração dos documentos no e-processo.

Desta forma, uma questão a ser debatida é se a obscuridade constante no acórdão de recurso voluntário n.º 1401001.417, de 25 de março de 2015, desta turma ordinária, é suficiente para decretar a nulidade do referido acórdão por cerceamento de defesa.

Entendo que não.

Não obstante a falta de algumas folhas do processo, vejo que tais documentos em nada acrescentariam na análise dos argumentos apresentados pelos embargantes, tampouco seriam suficientes para alterar a decisão embargada.

Como se pode ver na decisão embargada, o relator faz algumas citações a folhas do processo que aparentemente não correspondem ao que está sendo fundamentado pelo relator; entretanto, o relator reproduz o teor dos (corretos) fundamentos utilizados pela DRJ.

Não obstante, reproduzo o teor da decisão embargada, nos trechos em que o relator cita as folhas do processo, para corrigir e citar as folhas corretas do processo.

Sobre o tema, manifestou-se com muita propriedade o acórdão de piso, fls. 16808: onde se lê fls. 16808; leia-se e fls.7.750

Ressalte-se que a autoridade autuante faz referências a documentos lavrados pela Polícia Federal e a buscas e apreensões por realizadas por esta instituição, mas tomou o cuidado de acostar aos autos as provas dos fatos apontados. Em outras palavras, não importou do inquérito policial as conclusões. Apenas trouxe aos autos provas produzidas pela Polícia Federal, mas avaliou esses elementos juntamente com os demais colhidos no curso da ação fiscal para chegar a suas próprias conclusões. Finalmente, há que se esclarecer que não há exigência legal de que documentos apreendidos pela Polícia Federal sejam submetidos a perícia para verificação da respectiva autenticidade. O contribuinte sequer tem o cuidado de apontar quais documentos têm autenticidade duvidosa. A oportunidade de contradita-los é oferecida precisamente por ocasião da apresentação de impugnação aos autos de infração lavrados, de modo que o contribuinte, caso efetivamente vislumbrasse algum documento falso nos autos, deveria pronunciar-se nessa oportunidade.

Convém frisar que na fase recursal a contribuinte também se absteve de apontar quais fatos estariam desacompanhados de provas e/ou quais documentos teriam origem questionável ou duvidosa.

Diante dos fatos, a presente preliminar de nulidade merece ser rejeitada.

(...)

Esta alegação foi corretamente enfrentada pela decisão de piso, fls. 16813, razão pela qual adoto e transcrevo as suas razões de decidir: onde se lê fls. 16813; leia-se e fls. 7.755

Equivocam-se, já que não há exigência legal de emissão de MPF – Fiscalização para a atribuição de responsabilidade solidária a terceiros nos termos do art. 124, I, do CTN. O MPF – Fiscalização tem o objetivo de dar transparência à atuação da

Administração Tributária e esse fim é cumprido mediante a intimação do contribuinte. A responsabilidade solidária é atribuída àqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e esse interesse pode ser apurado no curso da ação fiscal levada a efeito diante do contribuinte. O reconhecimento da responsabilidade solidária no curso da ação fiscal cumpre a função de garantir ao responsável o exercício do direito de defesa na esfera administrativa, além de subsidiar a Procuradoria da Fazenda Nacional no direcionamento de eventual execução fiscal a ser interposta para a satisfação do crédito tributário lançado. Em suma, basta a emissão de MPF – Fiscalização prevendo que a ação fiscal se desenvolva no contribuinte. Para os responsáveis solidários não há necessidade de emissão de MPF – Fiscalização. Eventualmente, pode ser emitido MPF – Diligência, diante da necessidade de colheita de provas junto aos responsáveis solidários.

Nestes termos, também rejeito a presente preliminar de nulidade.

(...)

Ao abordar este tema, o colegiado julgador inicialmente apresentou um profundo e interessante estudo teórico sobre o instituto do arbitramento de lucro.

Rendendo-me à precisão deste estudo, adoto e transcrevo parcialmente os seus principais argumentos, fls. 1680916811:

onde se lê fls. 1680916811; leia-se e fls. 77517753 A propósito dessas alegações, cabe esclarecer que o lucro arbitrado caracteriza-se como uma base de cálculo excepcional e subsidiária do imposto de renda. A subsidiariedade do lucro arbitrado é amplamente reconhecida pela doutrina. Rubens Gomes de Sousa (“A Retificação das Declarações de Imposto de Renda Viciadas por Êrro de Direito”. In: Estudos de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1950, pp. 275291) afirma que a Administração só pode recorrer a esta figura depois de demonstrar a impossibilidade de determinação do imposto devido pelo sistema normal de tributação.

Também Alberto Xavier (Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 138139) afirma que a existência de escrituração regular impede a Administração de utilizar a base de cálculo subsidiária. Mesmo na hipótese de constatação de incorreções em alguns lançamentos contábeis, se houver possibilidade de apuração do lucro real, deve a Administração proceder às correções necessárias e lançar as diferenças apuradas com base nas regras pertinentes ao lucro real. Daí a afirmação do caráter excepcional do arbitramento. O autor adverte também que, quando a escrituração mostrar-se imprestável para a apuração do lucro real, o recurso ao arbitramento do lucro é obrigatório e vinculado à Administração, que não pode tentar reconstituir analiticamente o lucro real. Este caráter obrigatório e vinculado do arbitramento decorre do princípio da segurança jurídica, que não pode conviver com a excessiva liberdade ou discricionariedade probatória que haveria se à Administração fosse permitido reconstituir o lucro real sem o recurso a provas elaboradas pelo contribuinte.

Quanto a esta última advertência, é necessário esclarecer que o recurso ao arbitramento do lucro é obrigatório e vinculado no sentido de que, uma vez demonstrada a impossibilidade de reconstrução do lucro real por meio da escrituração contábil e fiscal e dos documentos pertinentes, à autoridade administrativa cabe utilizar tão somente os índices acolhidos na lei para a apuração do lucro arbitrado, sendo-lhe vedada a utilização de quaisquer outros indícios para inferir o montante do

lucro auferido pelo contribuinte. Em outras palavras, o arbitramento do lucro não pode ser realizado com o recurso a índices livremente escolhidos pela autoridade administrativa, mas apenas com base nos instrumentos que o legislador entendeu aptos para tanto.

A subsidiariedade do arbitramento do lucro se refletiu na Súmula 76 do TFR, segundo a qual *“em tema de imposto de renda, a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não a justificando o simples atraso na escrita.”*

O legislador, diante da falta de cumprimento do dever de colaboração pelo contribuinte, estabeleceu uma base de cálculo excepcional e subsidiária que permite à Administração constituir o crédito tributário respectivo. O lucro arbitrado é excepcional pelo fato de que sua adoção tem como consequência a aferição da manifestação de capacidade contributiva média, normal ou potencial, afastando-se, portanto, da capacidade contributiva efetiva, atual, real, de modo que, para ter legitimidade constitucional no sistema, sua adoção só pode ser admitida em casos extremos. A subsidiariedade decorre do fato de que o lucro só pode ser arbitrado quando a Administração estiver impossibilitada de apurar o lucro real ou o lucro presumido (nas hipóteses em que o contribuinte tenha validamente optado por este método). A excepcionalidade e a subsidiariedade da figura, ademais, têm fundamento no princípio da igualdade, pois não poderia o legislador privilegiar o contribuinte faltoso com seus deveres instrumentais, submetendo à tributação apenas aquele que os cumpre de maneira zelosa. Tais características não vinculam apenas o aplicador da lei, mas também o legislador, que não poderá criar hipóteses de aplicação do lucro arbitrado que não sejam excepcionais e subsidiárias.

Fixadas estas idéias, é preciso avaliar, abstratamente, quais características devem estar presentes no caso concreto para que a Administração tenha que recorrer ao arbitramento do lucro.

Sustenta Alberto Xavier (Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 140141) que o critério de distinção entre os vícios nos lançamentos contábeis e a imprestabilidade da escrituração é funcional. Deve-se verificar se resta impossibilitado o exercício do dever de investigação pela Administração, com o objetivo de retificar a escrituração. Para o autor, apenas quando este objetivo resultar absolutamente impossível, e que essa impossibilidade decorra do descumprimento do dever de colaboração pelo contribuinte, fica a Administração autorizada a recorrer ao arbitramento. Tal como adverte Alberto Xavier (“I. R. Lançamento por Arbitramento: Pressupostos e Limites”. In: Revista de Direito Tributário. São Paulo: RT, n. 31, 1985, pp. 174185), a excepcionalidade do arbitramento decorre da preferência que a lei dá às provas pré constituídas como meio de consecução da verdade material.

A afirmação de Alberto Xavier de que o lançamento efetuado com base no lucro arbitrado só terá validade quando resultar “absolutamente impossível” retificar a escrituração pode conduzir à inaplicabilidade da figura. É preciso ter presente que a escrituração do contribuinte não é a única fonte de informações para a autoridade administrativa, que pode recorrer também a elementos de prova oferecidos por terceiros.

A demonstração da absoluta impossibilidade de retificação da escrita poderia exigir em alguns casos diligências tão complexas e numerosas que, na prática, impediriam o lançamento do crédito tributário.

Evidentemente, a avaliação do respeito à subsidiariedade do lucro arbitrado dependerá da apreciação das circunstâncias do caso concreto. É importante, porém, deixar claro que o arbitramento não pode ser realizado unicamente com o objetivo de facilitar a apuração do crédito tributário. De outra parte, tampouco é razoável exigir a demonstração da absoluta impossibilidade de reconstituir a escrita contábil e fiscal. Deve ser encontrado, entre estes dois extremos, um ponto de equilíbrio que, simultaneamente, não torne impraticável o arbitramento do lucro e garanta o contribuinte contra arbitrariedades. Esta avaliação dependerá das características apresentadas pelo caso concreto. Por fim, é importante ressaltar que atualmente o dever de colaboração do contribuinte exerce papel fundamental na atividade administrativa de lançamento. Portanto, quando a Administração se encontra privada das informações e provas que o contribuinte tinha a obrigação legal de apresentar, as dificuldades para a reconstituição da escrita são tão grandes que dificilmente será admissível a alegação de que não havia impossibilidade absoluta para tanto.

Após este estudo profundo e abrangente sobre o instituto do arbitramento do lucro, o voto condutor da decisão de piso procedeu à uma análise bastante consistente do caso concreto, com vistas a demonstrar a necessidade do arbitramento do lucro. Por concordar com os fundamentos desta análise, adoto e transcrevo as suas razões de decidir, fls. 1681116812:

onde se lê fls. 1681116812; leia-se efls. 77537754 Na situação de que trata o presente processo administrativo, a autoridade autuante constatou que os Livros Diário e Razão continham a escrituração da conta Bancos por partidas mensais, razão pela qual foi solicitada ao contribuinte a apresentação de Livros Auxiliares, com o registro individualizado das operações relativas à conta Bancos. Os Livros Auxiliares, porém, não foram apresentados, a despeito de reiteradas intimações.

Constatou-se, ainda, que o contribuinte escriturou apenas quatro contas bancárias, quando, na verdade, era titular de dezesseis.

Mais que isso, as contas escrituradas não pode ser identificadas, já que na descrição da conta consta apenas “Banco Bradesco S/A”. Tampouco registrou as operações relativas às onze contas por ele controladas por procuração. Ademais, o contribuinte não atendeu as intimações para comprovar algumas despesas operacionais consignadas nas DIPJs dos anos calendário de 2003 a 2006, mormente as classificadas como “outras despesas operacionais”. A falta de apresentação de todos os referidos elementos e as diversas falhas constatadas na escrituração impedem uma análise detalhada da contabilidade e, por conseguinte, a verificação da autenticidade do lucro real apurado.

Registre-se que é descabida a alegação de que os extratos bancários substituem a escrituração de Livros Auxiliares com o registro individualizado das operações relativas à conta Bancos.

Os extratos bancários não contém informações precisas acerca do fato econômico que ensejou a movimentação financeira. É essencial, para a apuração do lucro real, saber a que título houve o ingresso ou a saída de recursos. Somente com esta informação é possível concluir se a movimentação financeira influi na apuração do resultado da empresa. Um depósito em dinheiro, por exemplo, pode representar uma receita, quando proveniente da venda de um produto a um cliente, ou apenas uma transferência da conta caixa para a conta bancos. É importante ressaltar que, para a apuração do lucro real, além da escrituração regular dos livros, deve o contribuinte manter os documentos que comprovam as operações realizadas. Portanto, além dos

Livros Auxiliares referidos, deveria o contribuinte manter em seu poder todos os documentos que serviram de suporte às movimentações financeiras realizadas.

Além disso, as provas colhidas no curso da ação fiscal demonstraram que o contribuinte atuou no sentido de fraudar sua contabilidade para não apresentar lucro e também para eximir-se do pagamento do PIS e da COFINS não cumulativos.

Nesse sentido, comprovou-se que o contribuinte simulou operações de compras junto ao Sr. José Alves Lemes, com o objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e de gerar créditos de PIS e de COFINS não cumulativos. Isso foi evidenciado pelo fato de que os cheques utilizados no pagamento das supostas compras foram creditados nas próprias contas da RIO PRETO ABATEDOURO.

Todos esses fatos revelam que a apuração do lucro real, com base nos elementos colhidos no curso da ação fiscal, não era possível. O contribuinte sustenta que a ausência de apuração de receitas omitidas revela a existência de um ponto de partida seguro para a apuração do lucro real. A alegação não procede, já que para a apuração do lucro real são fundamentais informações confiáveis acerca dos custos e despesas incorridos.

Com efeito, as receitas compõem apenas parte das informações necessárias à apuração do lucro real. Sem dados fidedignos sobre custos e despesas não há como apurar o lucro real.

Conforme amplamente demonstrado, foram constatadas fraudes praticadas com o fim de inflar custos e a movimentação bancária não foi devidamente retratada na escrituração. Especificamente para o ano calendário de 2006, o contribuinte sequer apresentou os livros Diário e Razão. Portanto, não restou à autoridade administrativa outra alternativa senão arbitrar o lucro a partir da receita bruta conhecida.

Para a apuração da receita bruta conhecida, foram considerados os valores informados nas DIPJs, nas DACONs e nas GIAs, já que constatou-se a compatibilidade com as receitas escrituradas nos livros fiscais e contábeis do contribuinte. As fraudes constatadas na escrituração consistiram em simular operações por meio das contas “Caixa” e “Bancos” e também operações de compras. As primeiras tinham o objetivo de transferir recursos às pessoas ligadas ao grupo Nivaldo, enquanto a segunda tinha por objetivo reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e gerar créditos de PIS e de COFINS não cumulativos. Portanto, para a apuração da receita bruta conhecida foram considerados os valores declarados nas DIPJs e nas DACON.

Alega a RIO PRETO ABATEDOURO que foi intimada em 29/10/2008 a, no prazo de 20 dias, apresentar os Livros Razão e Diário relativos ao ano calendário de 2006. Porém, em 17/11/2008, antes que estivesse esgotado o prazo da intimação, foi lavrado o “Termo de Descrição dos Fatos” e os respectivos autos de infração. Diante disso, devem ser cancelados os autos de infração lavrados para os fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2006.

A argumentação do contribuinte omite o fato de que foram reiteradas as intimações para apresentação dos livros Razão e Diário relativos ao ano calendário de 2006. Com efeito, a primeira intimação para tanto foi recebida pelo contribuinte em 28/03/2008 (fls. 7981).

Em 24/04/2008, recebeu Termo de Reintimação Fiscal (fls. 8385) solicitando os referidos livros.

Mais uma vez, em 23/06/2008, recebeu novo Termo de Reintimação Fiscal (fls. 8789) solicitando os mesmos elementos.

Finalmente, em 29/10/2008, recebeu a reintimação (fls. 9193) a que se refere em sua alegação. A seqüência de intimações a ele enviadas com solicitação para apresentação dos mesmos elementos demonstra a falta de colaboração com que agiu no curso da ação fiscal.

É curioso notar que, a despeito de alegar que a autoridade administrativa não observou o prazo constante da intimação, sequer na impugnação os livros referidos foram apresentados.

De qualquer forma, a alegação não procede, tendo em vista que a ciência do “Termo de Descrição dos Fatos” e dos autos de infração lavrados ocorreu apenas em 22/11/2008, vale dizer, após o prazo de 20 dias consignado na intimação, recebida pelo contribuinte em 29/10/2008. É preciso esclarecer que o “Termo de Descrição dos Fatos” e os autos de infração são atos administrativos que só se completam com a intimação do contribuinte. Antes da intimação, não há que se falar em lançamento. Portanto, é descabida a alegação de desrespeito ao prazo consignado na intimação.

Os embargantes alegam, mesmo que tangencialmente, que a demonstração da capacidade financeira do Sr. Elizeu Machado Filho estaria dentre os documentos que não tinham sido anexados ao e processo.

Entretanto, a análise do documento em nada acrescenta ao quanto disposto no acórdão embargado, tanto é que o despacho de admissibilidade dos embargos afastou tal omissão.

Desta forma, entendo que a obscuridade está sanada, sem que tenha havido algum prejuízo aos embargantes.

Dessa forma, configura-se como verdadeira tentativa de rediscussão do mérito, o que não se coaduna com a hipótese de cabimento dos embargos de declaração, haja vista que no acórdão há fundamentação suficiente para, defender o posicionamento firmado.

Ainda quanto ao argumento da Recorrente no sentido de o acórdão embargado não teria considerado todas as provas dos autos, que segundo ela, levariam a conclusão diversa, lembro-lhe que o argumento de omissão por suposta ausência de análise minuciosa dos argumentos oferecidos também não avança.

No que diz respeito ao apontamento de omissão/contradição envolvendo a manutenção dos embargantes enquanto responsáveis pelo crédito tributário, tem-se claro que o fundamento da responsabilidade é a confusão patrimonial, representada pela existência de um caixa geral, uma vez que as fraudes constatadas na escrituração consistiram em simular operações por meio das contas “Caixa” e “Bancos” e também operações de compras. As primeiras tinham o objetivo de transferir recursos às pessoas ligadas ao grupo Nivaldo, no qual estavam inseridos os embargantes, enquanto a segunda tinha por objetivo reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e gerar créditos de PIS e de COFINS não cumulativos., acusação perfeitamente cabível de acordo com o art. 124, do CTN.

Ainda ausente os pressupostos da tese de cerceamento do direito de defesa, por falta de análise individualizada dos argumentos expendidos nas razões iniciais. Todos os argumentos do recurso foram respondidos e nenhum prejuízo ocorreu na solução do litígio, ressalvadas as questões relativas à numeração das páginas do processo, cujo acerto já foi promovido por ocasião do julgamento do embargo de declaração precedente a este. Prova disso são os alentados argumentos oferecidos em sede de recurso.

Ante o exposto, considerando que os Embargos foram admitidos tão somente em cumprimento à ordem judicial, pois como visto as questões postas em dúvida pelos Embargantes já haviam sido enfrentadas em ocasiões anteriores, embora admitidos, os Embargos opostos não podem ser acolhidos.

Neste seguir, voto no sentido de não acolher os embargos.

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.