



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16095.720001/2014-14
Recurso Embargos
Acórdão nº 2201-011.443 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de março de 2024
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado BM - BARCELONA PARTICIPACOES LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO.

Quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma, bem como, quando o acórdão contiver inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, é cabível a oposição de embargos para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. ENCAMINHAMENTO. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PENAL. SÚMULA CARF Nº 28.

Sempre que o Auditor-Fiscal constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, deverá elaborar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os Embargos de Declaração com efeitos infringentes para, sanando o vício apontado no Acórdão nº 2201-011.011, de 08/08/2023, alterar a decisão original para dar provimento parcial ao recurso voluntário, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Débora Fófano dos Santos, Fernando Gomes Favacho, Francisco Nogueira Guarita, Carlos Eduardo Fagundes de Paula, Thiago Alvares Feital e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional (fls. 657/661), em face do Acórdão nº 2201-011.011, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção, em sessão plenária de 08 de agosto de 2023 (fls. 647/655), com fundamento no artigo 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09 de junho de 2015¹, vigente à época.

A ementa e a decisão no acórdão embargado restaram registradas nos seguintes termos (fl. 647):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NA LEI.

Somente é justificável a exigência da multa qualificada de 150%, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 1964. Quando não restar efetivamente comprovada a atitude dolosa em praticar a conduta, deve-se afastar tal qualificadora.

MULTA QUALIFICADA. ELEMENTO VOLITIVO NA CONDUTA DO AGENTE.

A falta de identificação do elemento volitivo na conduta que revela infração à legislação tributária praticada pelo contribuinte afasta a imposição da penalidade de ofício qualificada. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Pela clareza e síntese dos fatos adotamos para compor o presente relatório o seguinte excerto do “Despacho de Admissibilidade de Embargos” (fls. 666/668):

(...)

Da alegação de omissão, contradição e obscuridade no acórdão embargado

A embargante alega que a ementa do acórdão estaria incompleta (omissão) ao se referir unicamente à matéria “multa qualificada”. Aponta que, pela leitura do voto, foi dado provimento integral ao recurso voluntário, o que abrangeria as matérias responsabilidade solidária e Representação Fiscal para Fins Penais, sobre as quais não há verbetes na ementa.

Registre-se que, embora a parte dispositiva da ementa reflita o decidido pela Turma, pelo provimento, não há na ementa do acórdão correspondência plena com as matérias decididas, uma vez que essa não traz qualquer referência à RFFP e à responsabilidade solidária, referindo-se exclusivamente a uma matéria, qualificação da multa de ofício.

¹ Correspondente ao artigo 116 da PORTARIA MF Nº 1634, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2023. (Publicado(a) no DOU de 22/12/2023, seção 1, página 55). Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências.

Art. 116. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao Presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da data da ciência do acórdão:

(...)

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;

(...)

Assim, a fim de que haja total correlação entre o texto da ementa e o que foi decidido pela Turma, imperioso seja sanada a omissão, para que a ementa seja integrada para se coadunar com o que decidido em plenário.

Em adição aponta que, em relação às matérias responsabilidade solidária e representação fiscal para fins penais, o voto condutor mostra-se omissivo/obscuro/contraditório uma vez que decidiu pelo provimento amparado puramente no afastamento da multa qualificada:

(...)

Da transferência de valores relativos à matéria incontroversa

Conforme Termo de Transferência de Crédito Tributário de fl. 533 e despacho de fl. 534, os valores incontroversos e pagos pelo contribuinte (valor principal, juros e multa de ofício de 75%) foram transferidos para o processo de nº 13894.720150/2014-71.

Portanto, o litígio instaurou-se tão-somente em relação à multa qualificada, à RFFP e à atribuição de responsabilidade solidária.

(...)

MÉRITO

Da multa qualificada (...)

Tendo em vista que o litígio se limitou à multa qualificada, à RFFP e à atribuição de responsabilidade solidária, entendo que o afastamento da multa resulta no cancelamento integral do crédito tributário objeto deste processo, já que os valores incontroversos e pagos pelo contribuinte (valor principal, juros e multa de ofício de 75%) foram transferidos para o processo de nº 13894.720150/2014-71, conforme Termo de Transferência de Crédito Tributário de fl. 533 e despacho de fl. 534.

Assim, desnecessário se debruçar sobre as demais razões recursais.

Como consignado no excerto do voto acima transcrito, s.m.j, tanto a RFFP quanto a responsabilidade solidária foram afastadas automaticamente em função do afastamento da qualificadora da multa de ofício.

Ocorre que, a responsabilidade tributária atribuída aos sócios, com base no inciso III do art. 135, do CTN, decorre de fundamento diverso da multa qualificada aplicada, art. 71 da Lei nº 4.502/64.

A responsabilidade de terceiros, dos sócios administradores no caso concreto, se encontra disciplinada no art. 135 do CTN, **e não há exigência de comprovação de dolo na conduta para a atribuição da responsabilidade. (...)**

Conforme se extrai do Termo de Sujeição Passiva acostado aos autos, **os administradores da empresa agiram com infração à lei, pois, não cumpriram as formalidades legais de informar nas GFIP as remunerações dos contribuintes individuais (pessoas físicas, trabalhadores autônomos), no período de janeiro a dezembro de 2010.**

Como no presente caso, **não há discussão acerca da ocorrência de infração à lei que deu origem à obrigação tributária (que inclusive já foi paga), s.m.j., permanece incólume o fundamento para a responsabilidade solidária dos administradores, no art. 135, III, do CTN, não havendo que se falar em afastamento automático em decorrência da desqualificação da multa.**

O acórdão embargado mostra-se omissivo, ao afastar a responsabilidade sem discorrer acerca do fundamento inquinado pela Fiscalização, sem expor qualquer fundamentação para tanto, em clara afronta ao art. 93, X, da CR/88.

Outrossim, **além de omissivo mostrar-se obscuro, ao estender os efeitos da desqualificação da multa à responsabilidade, porquanto, obrigações tributárias**

resultantes de atos praticados com infração de lei não carecem de discussão acerca da conduta volitiva para a sua concretização.

Assim, tendo em vista o incontestável descumprimento da lei, deixar de informar em GFIP as remunerações pagas aos contribuintes, art. 32, IV, da Lei nº 8.212/91, merece ser o acórdão integrado para que conste os fundamentos pelos quais a Turma entendeu pelo afastamento da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN.

O acórdão também mostra-se omissivo/obscuro no que toca à RFFP.

Como visto pelo excerto acima transcrito, assim como no que toca à responsabilidade, presume-se que o acórdão embargado entendeu pelo provimento do recurso voluntário no que atine à RFFP amparado na premissa do afastamento da multa qualificada.

Para o lançamento a conduta do contribuinte “em tese” caracterizaria o ilícito penal do tipo do art. 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária), fato motivador da lavratura de representação fiscal para fins penais. **Entretanto a mera possibilidade de caracterização desse crime, não representa ou comprova a existência do dolo ou mesmo da intenção do agente de fraudar o fisco.**

Segundo pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a conduta descrita no artigo 337-A do Código Penal trata de crime omissivo próprio (omissivo puro), que se consuma com a mera transgressão da norma não se exigindo dolo específico (AgRg no AREsp 765883 / SC).

Neste cenário, mostra-se contraditória/obscura a decisão embargada, uma vez que o cancelamento da multa qualificada não tem qualquer correlação ou impacto na RFFP.

Registra-se ainda que o acórdão embargado restou omissivo uma vez que não se manifestou acerca de questão essencial, que espantaria de dúvida qualquer menção à RFFP em decorrência da desqualificação da multa.

A Súmula CARF nº 28, aprovada pelo Pleno em 08/12/2009, vinculante em toda a Administração Pública prevê que “O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais”.

Assim, descabendo à Turma Julgadora decidir especificamente o encaminhamento do processo de representação para fins penais, restou omissivo/obscuro/contraditório o acórdão embargado, ao consignar qualquer relação entre a desqualificação da multa e a RFFP.

Assim, por todo o exposto, **necessária a integração do julgado por meio deste instrumento processual, em razão da contradição/obscuridade/omissão apontadas, a fim de que seu conteúdo reste completo, não deixando qualquer margem de dúvidas para a interposição de recurso especial e/ou execução do julgado.**

Da leitura do inteiro teor do acórdão verifica-se que assiste parcial razão à embargante.

O voto condutor do acórdão acolheu a alegação da recorrente quanto à desqualificação da multa aplicada, resultando no “cancelamento integral do crédito tributário objeto deste processo”, por conseguinte entendeu que resta prejudicada a análise em relação às demais matérias. A conclusão do voto foi no sentido de que, em não mais restando crédito tributário, não cabe mais a análise da responsabilidade solidária, não havendo omissão/obscuridade/contradição nessa parte.

Todavia, de fato, com fundamento na Súmula CARF nº 28, não cabe manifestação deste colegiado acerca de RFFP, restando obscura a decisão quanto ao provimento em relação a essa matéria.

Conclusão

Com fundamento no art. 65, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, dou parcial seguimento aos Embargos de Declaração opostos pela

Fazenda Nacional, em relação à obscuridade quanto ao provimento do recurso voluntário em relação à RFFP.

(...)

Depreende-se da reprodução acima que os Embargos de Declaração foram acolhidos para o saneamento quanto a obscuridade em relação ao provimento do recurso voluntário no que diz respeito à Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP).

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

Da Razão dos Embargos de Declaração

Contra as decisões proferidas pelos colegiados do CARF, nos termos do artigo 115 do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634 de 21 de dezembro de 2023, são cabíveis os seguintes recursos:

Art. 115. Contra as decisões proferidas pelos colegiados do CARF são cabíveis os seguintes recursos:

I - Embargos de Declaração; e

II - Recurso Especial.

Parágrafo único. Das decisões do CARF não cabe pedido de reconsideração.

No que diz respeito aos embargos de declaração e inexatidões materiais devidas a lapso manifesto, assim dispõem os artigos 116 e 117 do referido RICARF:

Art. 116. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao Presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da data da ciência do acórdão:

I - por conselheiro do colegiado, inclusive pelo próprio relator;

II - pelo contribuinte, responsável ou preposto;

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;

IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de determinação de retorno dos autos à 1ª instância, por decisão de colegiado do CARF;

V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão; ou VI - pelo Presidente da Turma encarregada do cumprimento de acórdão de recurso especial.

(...)

Art. 117. As alegações de inexatidão material devida a lapso manifesto ou de erro de escrita ou de cálculo existentes na decisão, suscitadas pelos legitimados a opor embargos, deverão ser recebidas como embargos, mediante a prolação de um novo acórdão.

(...)

Os Embargos de Declaração se prestam para sanar contradição, omissão ou obscuridade. Nesse sentido, os embargos servem exatamente para trazer compreensão e

clarificação pelo órgão julgador ao resultado final do julgamento proferido, privilegiando inclusive ao princípio do devido processo legal, entregando às partes e interessados de forma clara e precisa a o entendimento do colegiado julgador.

No caso em análise, a omissão do julgado em relação à Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) restou evidenciada na medida em que, com o afastamento da multa, entendeu-se que houve o cancelamento integral do crédito tributário e, assim sendo, desnecessária a análise das demais razões recursais, conforme depreende-se do excerto abaixo reproduzido (fl. 655):

(...)

Tendo em vista que o litígio se limitou à multa qualificada, à RFFP e à atribuição de responsabilidade solidária, entendo que o afastamento da multa resulta no cancelamento integral do crédito tributário objeto deste processo, já que os valores incontroversos e pagos pelo contribuinte (valor principal, juros e multa de ofício de 75%) foram transferidos para o processo de nº 13894.720150/2014-71, conforme Termo de Transferência de Crédito Tributário de fl. 533 e despacho de fl. 534.

Assim, desnecessário se debruçar (*sic*) sobre as demais razões recursais.

Nos termos da Portaria RFB nº 2.349 de 21 de dezembro de 2010², vigente à época dos fatos, foi protocolizada Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP), posto que verificado pela autoridade fiscal que a conduta do sujeito passivo configura “em tese” crime contra a ordem tributária, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137 de 1990³.

² PORTARIA RFB Nº 2439, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010. (Publicado(a) no DOU de 22/12/2010, seção , página 34). (Revogado(a) pelo(a) Portaria RFB nº 1750, de 12 de novembro de 2018) e (Alterado(a) pelo(a) Portaria RFB nº 3182, de 29 de julho de 2011). Estabelece procedimentos a serem observados na comunicação ao Ministério Público Federal de fatos que configurem, em tese, crimes contra a ordem tributária; contra a Previdência Social; contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional; contra Administração Pública Estrangeira; bem como crimes de contrabando ou descaminho, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

³ LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

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

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

Na RFFP (fl. 02) do processo nº 16095-720.002/2014-51, o Auditor Fiscal apontou a seguinte tipificação penal:

(...)

1.2 — Tipificação Penal

Inciso I do Art. 337-A do Decreto Lei 2.848/40 — Código Penal (incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 337—A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I — omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso Ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

...

A par disso, ainda que no âmbito tributário tenha sido afastada a penalidade, como é o caso dos presentes autos, inexistente competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

Nesse sentido, como bem pontuado pela embargante, por força da Súmula CARF nº 28, abaixo reproduzida, de observância obrigatória por parte de seus membros, a teor do disposto no artigo 123, § 4º da Portaria MF nº 1634 de 21 de dezembro de 2023⁴, descabe à Turma Julgadora decidir sobre o processo de representação para fins penais:

Súmula CARF nº 28

Aprovada pelo Pleno em 08/12/2009

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Em virtude dessas considerações, resta claro que o julgado incorreu em omissão, a qual deve ser sanada, devendo ser feita a seguinte inclusão e alteração na ementa do acórdão embargado:

i) Inclusão da verbetização a seguir:

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS.
ENCAMINHAMENTO. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PENAL.
SÚMULA CARF Nº 28.

Sempre que o Auditor-Fiscal constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, deverá elaborar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁴ Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências.

Art. 123. A jurisprudência assentada pelo CARF será compendiada em Súmula de Jurisprudência do CARF.

(...)

§ 4º As Súmula de Jurisprudência do CARF deverão ser observadas nas decisões dos órgãos julgadores referidos nos incisos I e II do caput do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972.

ii) Alteração da parte dispositiva:

De:

“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.”

Para:

“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.”

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se no sentido de acolher os embargos formalizados em face do Acórdão nº 2201-011.011, de 08 de agosto de 2023, para, com efeitos infringentes, corrigir a omissão apontada e alterar a decisão original para dar provimento parcial ao recurso voluntário, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, nos termos do voto acima.

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos