



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.000790/2007-65
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.253 – 1ª Turma
Sessão de 2 de março de 2016
Matéria MULTA QUALIFICADA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PIONEER CORRETORA DE CâMBIO LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa:

NORMAS GERAIS. PENALIDADES. MULTA QUALIFICADA.

Acolhidos os efeitos infringentes aos embargos de declaração, determinando alteração substancial na conclusão do julgamento anterior, surge a pretensão de interposição de novo recurso pela parte sucumbente. Não o fazendo, consuma-se a perda do interesse no recurso especial proposto anteriormente à interposição dos embargos declaratórios apresentados pela parte vencedora.

Recurso Especial do Procurador Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Recurso Especial da Fazenda Nacional não conhecido por unanimidade de votos. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Silva Costa.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freiras Barreto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO (Suplente Convocada), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM (Suplente

Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ E CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Relatório

A FAZENDA NACIONAL recorre a este Colegiado, por meio do recurso especial de e-fls. 406/412, vol. 2, contra o acórdão nº 108-09.823, de 04 de fevereiro de 2009, e-fls. 371/402, vol. 2, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA- IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITAS – PAGAMENTOS NÃO ESCRITURADOS – PRESUNÇÃO LEGAL

Pagamentos não escriturados correspondentes a remessas ao exterior autorizam a presunção legal de omissão de receitas prevista no art. 40 da Lei nº 9.430/96. É ônus do sujeito passivo a prova da improcedência da presunção – As infrações caracterizadas como pagamentos a beneficiários não identificados ou operações sem causas devem se adequar de maneira determinada ao tipo legal que as subsume, previsto no art. 61 da Lei nº 8.981/95. Após a reforma do Processo Administrativo Fiscal da União, empreendido pela Lei nº 8.748/1993, que apartou as competências de autoridade julgadora e de autoridade lançadora, antes cumulativas, o lançamento tributário passou a ser de competência exclusiva da autoridade lançadora, sendo defeso à autoridade julgadora modificar, inovar ou aperfeiçoar o lançamento tributário em seus aspectos fáticos e jurídicos.

Preliminares Rejeitadas

Recurso Voluntário provido em Parte.

O referido acórdão manteve a autuação relativa ao IRPJ e a CSLL, exonerou o crédito tributário relativo aos lançamentos do IRRF, do PIS e da COFINS, além de afastar a qualificação da multa de ofício.

Trata-se do rumoroso caso BANESTADO, em que diversas empresas sediadas no Brasil foram acusadas de remeter divisas ao exterior à margem de qualquer controle por parte do Banco Central do Brasil, utilizando-se de contas CC-5 mantidas na agência do Banestado em Nova Iorque.

Segundo o acórdão recorrido, teria ficado devidamente estabelecido pelo Fisco o nexo causal entre as movimentações financeiras e a participação da empresa, estando devidamente provada a efetividade dos pagamentos e dos depósitos nas contas mantidas no exterior.

Em relação ao IRRF, sua exigência foi exonerada ao entendimento de que teria havido falha por parte da fiscalização ao demonstrar a precisa subsunção dos fatos descritos à norma legal aplicável. Já em relação ao PIS e à COFINS, o lançamento não prosperou haja vista que teria sido feito em bases anuais, ao passo que o fato gerador das referidas contribuições é mensal. Já a multa qualificada foi desconstituída ao argumento de que é incabível sua exigência nos casos de lançamentos efetuados por presunção legal, caso dos autos.

O recurso foi interposto com fundamento no art. 7º, inciso I do antigo RICSRF (*decisão não unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova*), por afrontar o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96. Argumenta a Fazenda Nacional que o acórdão, apesar de ter reconhecido a ocorrência da infração tributária, consubstanciada na presunção estabelecida pelo art. 40 da Lei nº 9.430/96, afastou a qualificação da multa por não reconhecer o caráter fraudulento dessa infração, caracterizada por uma presunção legal.

Importante salientar que o recurso especial abrangeu apenas e tão somente a desqualificação da multa de ofício, não se insurgindo a Fazenda Nacional contra a exoneração do IRRF, do PIS e da COFINS lançados contra a contribuinte.

O recurso foi admitido por meio do Despacho nº 1200-0.269/2009 – 2ª Câmara, de 03/08/2009, e-fls. 415/416, vol.2.

Após a apresentação e a admissão do recurso especial por parte da Fazenda Nacional, a Interessada protocolou embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, e-fls. 456/460, vol. 3, contra o acórdão de recurso voluntário, sob a alegação de que o mesmo teria incorrido no vício de contradição.

A contradição residiria no fato de que o acórdão recorrido teria mantido a autuação no que tange ao IRPJ e CSLL, considerando satisfatórias e suficientes as provas constantes dos autos em relação à ocorrência de omissão de receitas (art. 40 da Lei 9.430/96) por falta de escrituração dos pagamentos realizados (remessas ao exterior). Por outro lado, ao desqualificar a multa isolada, o Colegiado considerou que não haveriam provas nos autos de que as operações de remessas e de recebimentos de recursos ao e do exterior teriam sido propositadamente ocultadas mediante a utilização de contas de interpostas pessoas. Assim, alega que não seria possível a manutenção da autuação relativa à suposta omissão de receitas, em havendo o reconhecimento da não existência de provas nos autos da utilização de laranjas para a operacionalização das transferências.

Os embargos foram admitidos pelo despacho de e-fls. 481/482, vol. 3.

A par dos embargos propostos contra o acórdão de recurso voluntário, a contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional, e-fls. 484/492, vol. 3. Em apertada síntese, rebate os argumentos da Fazenda Nacional em seu recurso, trazendo, novamente, alegações já veiculadas anteriormente. Segundo a interessada, a fiscalização teria partido de absurdas presunções, sem sequer ter diligenciado para melhor instruir a autuação, limitando-se a intimar o contribuinte a justificar o injustificável, tendo em vista que este sequer sabia das remessas de valores para o exterior; a bem da verdade, teria sido vítima de movimentações fraudulentas efetuadas por terceiros (negativa de autoria). Assevera que a decisão recorrida foi clara ao afastar a qualificação da multa por verificar que nos autos não restou demonstrado o evidente intuito de fraude por parte do Agente. Essa teria sido a razão para a desqualificação, e não o simples fato de se tratar de autuação pautada em omissão, como pretende a Fazenda Nacional.

Em aditamento aos embargos propostos, a interessada peticionou às e-fls. 497/503, vol. 3, protestando pela juntada de prova superveniente. A contribuinte noticia que em 13/04/2010 o Juízo Federal Criminal de São Paulo – 2ª vara, teria absolvido os sócios proprietários da empresa da acusação de evasão de divisas, por ausência de provas da materialidade do delito. Propugna pelo cancelamento do auto de infração.

Na sequência do processo, a Fazenda Nacional apresenta impugnação aos embargos, e-fls. 639/645. **Na impugnação, a Fazenda Nacional alega ser despropositado o pedido da recorrente para anular o auto de infração baseado em decisão judicial do**

TRF3 que absolveu os sócios da empresa do crime de evasão de divisas. Alega a Fazenda Nacional que na respectiva decisão teria ficado assentado (com a força do trânsito em julgado) a existência dos depósitos bancários no exterior, confirmando a acusação fiscal, lastreada na Lei nº 9.430/96, art. 42.

Nova petição é juntada aos autos pela contribuinte às e-fls. 707/711, **protestando pela juntada de mais uma prova superveniente.** Desta feita, noticia a prolação de acórdão pelo TRF3, em 13/08/2013, **que reconheceu inexistir nos autos do processo criminal prova documental “capaz de demonstrar, sem sombra de dúvidas, ou até minimamente, que a empresa questionada, ou algum de seus sócios, tenha realmente ordenado as transferências em comento” (extraído da decisão judicial),** e que, ao final, absolveu os sócios da empresa por ausência de provas. Segundo a recorrente, como os fundamentos do auto de infração correspondem exatamente aos mesmos elementos analisados no processo judicial, as considerações trazidas pelo acórdão do TRF3 tornam ainda mais evidentes a contradição existente no acórdão embargado, devendo o auto de infração ser cancelado. **A certidão do trânsito em julgado da referida decisão foi juntada aos autos e consta das e-fls. 822/827.**

Finalmente, às e-fls. 831/836, juntou-se aos autos o acórdão proferido em sede de embargos de declaração com efeitos infringentes para modificar a decisão proferida em sede de recurso voluntário. Esta nova decisão deu provimento integral ao pedido da interessada, **cancelando o auto de infração na sua totalidade.** Em votação unânime, restou consignado que *“na falta de provas categóricas, na esteira de julgado pelo Poder Judiciário, não há como se manter a acusação de remessas ilegais de supostas receitas omitidas em transferências bancárias internacionais”*.

Ciente da decisão retro, **quedou-se silente a Fazenda Nacional** - Termo de Ciência da PGFN, e-fls. 839.

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora

O recurso é tempestivo e tem a sua admissibilidade a ser analisada, à luz do novel Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Conforme destacado no Relatório, o recurso especial foi interposto para contestar, **única e exclusivamente,** a desqualificação da multa de ofício (de 150% para 75%) aplicada sobre o crédito tributário remanescente (do IRPJ e da CSLL) após o julgamento do recurso voluntário.

Entretanto, em decorrência do julgamento dos embargos de declaração propostos pela Interessada, o acórdão objeto do recurso especial sofreu substancial alteração, resultando na exoneração total do crédito tributário constituído pela fiscalização, ou seja, o **novo acórdão cancelou e não complementou o acórdão anterior.** Nesse caso, o recurso especial, apresentado anteriormente aos embargos de declaração, perdeu completamente o seu objeto, haja vista ter sido proposto contra decisão cujo conteúdo restou totalmente modificado.

Caberia à Fazenda Nacional, após ter sido cientificada da decisão dos embargos declaratórios, ter apresentado, se cabível na espécie, aditamento ao recurso especial. Entretanto, não o fez, quedando-se silente e determinando a ocorrência da preclusão consumativa do recurso.

Analisando o Regimento Interno do CARF, tanto o atual como o anterior, vigente na época da propositura dos recursos constantes deste processo, verifica-se que o art. 65, § 5º, determina que os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição do recurso especial. Isso significa dizer que a oposição de embargos por qualquer uma das partes aproveita à outra no que diz respeito ao prazo para a interposição do recurso especial. Isso é assim para que, em caso de alteração da decisão embargada, se abra a oportunidade da parte prejudicada pela nova decisão recorrer com os meios cabíveis, no mesmo prazo originalmente disponível para a espécie recursal.

Mas, e se o recurso especial for proposto antes da apresentação dos embargos (como no caso dos autos)? Nesse caso, quem nos apresenta a solução são as mais altas Cortes do país, STJ e STF, aqui adotada subsidiariamente para ajudar a desvendar a questão posta. O STJ, ao analisar questão de ordem afetada pela 4ª turma, nos autos do REsp nº1.129.215-DF, relativa à extemporaneidade da apelação por ausência de sua ratificação pelo recorrente, após o julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária, acabou por alterar sua jurisprudência, alinhando-a com a do STF.

Até então, a jurisprudência que prevalecia no STJ era a de que a apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração era extemporânea, caso não ratificada no prazo recursal. Esse entendimento tinha como suporte, interpretação dada à Súmula 418 do STJ, que estabelece ser *"inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação"*.

Esse novo entendimento prevê que o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios dar-se-á **apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior**, sob pena de impor uma exigência despropositada e incabível, não contribuindo para a efetiva prestação jurisdicional.

Por óbvio que, ocorrendo efeitos infringentes aos embargos declaratórios, surgirá a pretensão de interposição de novo recurso pela parte sucumbente, haja vista que perderia o interesse recursal naquele seu primeiro recurso.

Por conseguinte, voltando ao caso concreto, após a decisão dos embargos restou clara a perda do interesse recursal por parte da Fazenda Nacional; isso porque, após a alteração radical na conclusão do acórdão de recurso voluntário, não houve qualquer manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, mesmo depois da ciência da respectiva decisão.

Assim, em face de todo o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo