



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

Processo nº 10140.003417/2003-34
Recurso nº 127.139 Embargos
Acórdão nº **3402-001.060 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 06 de abril de 2011
Matéria embargos
Embargante ENGELETRICA TECNOLOGIA DE MONTAGENS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. DESCABIMENTO. Devem ser rejeitados embargos que não demonstrem a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 65 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos em rejeitar os embargos. Vencidos Nayra Bastos Manatta e Fernando Luiz da Gama Lobo D'êça que acolhiam os embargos. Designado o Conselheiro Julio Cesar Alves Ramos

Nayra Bastos Manatta - Presidente e relatora.

Julio César Alves Ramos - Redator designado.

EDITADO EM: 06/05/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Silvia de Brito Oliveira e Ângela Sartori

Relatório

Trata-se de embargos declaratórios contra acórdão proferido pela Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que considerou o recurso voluntário intempestivo e, portanto, não o conheceu.

A contribuinte apresentou embargos declaratórios arguindo que tomou ciência da decisão de primeira instância em 13/05/2004, e que o recurso voluntário foi tempestivamente interposto, já que protocolado nos Correios em 14/06/2004, consoante demonstra Aviso de Recebimento em anexo. Apenas o protocolo na repartição de origem deu-se em 18/06/2004.

O Auto de Infração em questão objetivava a cobrança do PIS relativo aos períodos de apuração de dezembro/98, janeiro/00 a abril/01 e junho/01 a julho/03 em virtude de divergência entre os valores declarados em DIPJ e DCTF e os valores calculados tomando-se por base a receita escriturada nos livros contábeis e fiscais.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. nulidade do auto de infração por ter sido indicado inciso de artigo que o DL 5.844/43 não possui e não tendo ficado claro qual o inciso do art. 149 do CTN enquadrou-se o caso específico;
2. a partir do ano-calendário de 2000 optou por recolher o Imposto de renda com base no lucro real, tendo feito escrituração no Livro de Apuração do Lucro Real e apresentado declaração de rendimento em formulário próprio;
3. verificado o equívoco formalizou o pedido de REDARF, cujo objetivo era retificar erro material ocorrido na digitação do código de preenchimento;
4. o REDARF não poderia ter sido indeferido pois não ocorreu mudança de opção, mas apenas erro material no preenchimento;
5. o erro material acabou por gerar uma receita que a contribuinte efetivamente não teve;
6. optou pelo PAES, incluindo os débitos objeto do presente lançamento, sendo que o parcelamento é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, portanto, não poderia ser lavrado auto de infração;
7. não sendo excluída a multa por conta da opção pelo PAES, esta há de ser reduzida para os débitos de 1998 a 1999, em virtude do disposto no art. 1º §7º da Lei nº 10.684/03;
8. junta DCTF retificadoras, cópia do LALUR, Termo de Retenção, REDARF e Declaração PAES.

A DRJ em Campo Grande se manifestou no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, julgar procedente o lançamento.

Cientificada, apresentou recurso voluntário alegando em sua defesa, em síntese as mesmas razões da inicial, acrescendo outras acerca da nulidade da decisão recorrida por ter indeferido a prova pericial solicitada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nayra Bastos Manatta

Analisando-se os embargos tempestivamente interpostos verifica-se que de fato o recurso voluntário foi protocolado nos Correios em 14/06/2004, conforme consta do AR apresentado pela contribuinte em sede de embargos e que não constava anteriormente no processo.

Tendo a cópia da decisão recorrida sido entregue ao reclamante em 13 de maio de 2004 (quinta-feira), o prazo trintenar para apresentação do recurso começa a fluir no primeiro dia útil seguinte, 14 de maio de 2004 (sexta-feira), completando-se o interstício em 12 de junho de 2004 (sábado), prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 14/06/2004 (segunda-feira).

Como o recurso voluntário foi protocolado nos Correios exatamente nesta data, é de ser considerado tempestivo, razão pela qual acolho os embargos declaratórios com efeitos infringentes e passo ao julgamento do mérito.

Inicialmente há de se dizer que a nulidade argüida pela contribuinte por não ter a autoridade julgadora de primeira instância acolhido o seu pedido de perícia não há de prosperar já que o entendimento do julgador de que do processo constam todas as provas necessárias para julgamento do litígio é suficiente para que a perícia solicitada seja indeferida, desde que o indeferimento esteja fundamentado, o que de fato está na decisão recorrida.

Vale dizer que a contribuinte trouxe os seus argumentos relativos ao que considera como erro material, na questão relativa à opção pelo Lucro Real que culminou com o lançamento de ofício relativamente aos débitos de dezembro de 2002 em diante. Para os períodos anteriores tal opção é irrelevante, considerando que as regras são as mesmas quer para os optantes pelo Lucro Real quanto para os optantes pelo Lucro Presumido.

Observa-se que a questão relativa aos períodos posteriores a dezembro de 2002 não diz respeito a cálculo ou fatos cuja apreciação não possa ser feita diretamente pelo julgador, razão pela qual não se defere a perícia solicitada, também nesta instância julgadora.

Quanto ao equivocado enquadramento legal constante do auto de infração, que ensejaria a sua nulidade deve ser dito que qualquer falha porventura existente no enquadramento legal é suprida pela exposição circunstanciada dos fatos, considerada toda a argumentação construída pela autoridade fiscal, além de restar patente que a contribuinte exerceu adequadamente o seu direito de defesa, em uma demonstração do inteiro conhecimento da infração perpetrada.

Vale dizer que a contribuinte não está a ser acusada de um determinado enquadramento legal de infração, mas sim de fatos (estes sim devem estar perfeitamente descritos) que ensejam infração à legislação tributária.

No que diz respeito ao argumento da contribuinte de que a sua opção pelo Lucro Real, se desconsiderada pela fiscalização, levaria a uma geração de receitas que efetivamente não teve e a um faturamento irreal não pode prosperar.

O faturamento de uma empresa ocorre ou não, independentemente da opção exercida pela contribuinte por qualquer das modalidades de apuração: Lucro Real ou Lucro Presumido. O trabalho fiscal baseou-se nas receitas brutas das vendas de mercadorias ou serviços realizadas pela contribuinte no período em questão, conforme comprovam planilhas de fls. 189 a 196, extraídas da escrituração fiscal e contábil da contribuinte.

A base de cálculo da contribuição para o PIS é encontrada aplicando-se as mesmas regras, tanto para quem opta pelo Lucro Presumido, quanto para quem optou por apurar o Lucro Real.

Vale dizer que a recorrente não contesta que houve erro no levantamento das receitas apuradas pela fiscalização, limitando-se a alegar que a receita é irreal e decorrente da não-aceitação de sua opção pelo Lucro Real.

Desta forma, neste ponto, não merece acolhida a tese de defesa da recorrente

A partir de dezembro de 2002, inclusive, em decorrência do art. 8º, inciso II, da Lei n. 10.637/2002, a opção pelo Lucro Presumido implicava a apuração da contribuição para o PIS de maneira diferente daquela feita pelos optantes pelo Lucro Real. Todavia tal diferença devia-se unicamente à alíquota a ser aplicada e à possibilidade de deduções, conforme os arts. 2º e 3º da citada lei, não tendo a diferenciação qualquer efeito sobre o faturamento da empresa ou sobre a geração de receitas.

As leis n. 9.430/96, no seu artigo 26, e n. 9.718/98, no seu artigo 13, a seguir transcrita trataram especificamente deste tema:

"Lei do Ajuste Tributário n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 26. A opção pela tributação com base no lucro presumido será aplicada em relação a todo o período de atividade da empresa em cada ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário.

§ 2º A pessoa jurídica que houver iniciado atividade a partir do segundo trimestre manifestará a opção de que trata este artigo com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido relativa ao período de apuração do início de atividade.

§ 3º A pessoa jurídica que houver pago o imposto com base no lucro presumido e que, em relação ao mesmo ano-calendário, alterar a opção passando a ser tributada com base no lucro real, ficará sujeita ao pagamento de multa e juros moratórios sobre a diferença de imposto paga a menor.

§ 4º A mudança de opção a que se refere o parágrafo anterior somente será admitida quando formalizada até a entrega da correspondente declaração de rendimentos e antes de iniciado

procedimento de ofício relativo a qualquer dos períodos de apuração do respectivo ano-calendário."

"Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998

Art. 13. A pessoa jurídica, cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), ou a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação ao todo o ano-calendário."

Observa-se, assim, que nos anos-calendário 1997 e 1998, a pessoa jurídica que houvesse pago o imposto com base no Lucro Presumido poderia alterar a opção, ficando sujeita ao pagamento de multa e juros moratórios sobre a diferença de imposto paga a menor. A mudança de opção somente poderia ser admitida quando formalizada até a entrega da correspondente declaração de rendimentos e antes de iniciado procedimento de ofício relativo a qualquer dos períodos de apuração do respectivo ano-calendário.

Todavia, a partir de 1999, tal opção não era mais possível, já que a Lei 9.718/98 era taxativa em relação à definitividade da opção para todo o ano calendário.

Quanto à alegação de que efetivamente houve erro no pagamento efetuado (código de lucro presumido), tendo apresentado DIPJ em formulário próprio para a apuração com base no lucro real e escriturado o Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR), deve ser dito que estes elementos, por si só, não representam prova da opção feita pela empresa.

A opção por um regime ou outro de apuração se dá no momento do primeiro pagamento relativamente ao primeiro período de apuração do ano-calendário ao passo que a DIPJ só é apresentada no ano subsequente, o que permitiria à contribuinte utilizar-se de um modelo ou outro de declaração, independente de sua opção, exercida no momento do primeiro recolhimento, como já se disse.

Em relação ao LALUR deve ser dito que este é um livro fiscal não sujeito a autenticação ou registro, razão pela qual pode ser preenchido a qualquer tempo.

Ressalte-se que para o exercício de 2001, ano-calendário 2000, a DIPJ originária, bem como a retificadora enviada em 20 de agosto de 2001, foram apresentadas "zeradas", constando delas apenas os dados cadastrais, razão pela qual são consideradas como não entregues, conforme o disposto no art. 7º, § 4º, da Lei n. 10.426/2002:

"Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica e Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (Did), nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo

estipulado pela Secretaria da Receita Federal, e sujeitar-se-a às seguintes multas:

(.)

§ 42 Considerar-se-a não entregue a declaração que não atender às especificações técnicas estabelecidas pela Secretaria Receita Federal."

Assim, para o ano-calendário 2000, tendo sido as declarações apresentadas pela recorrente como não entregues, elas não poderiam servir sequer como indicio, quanto mais como prova, de sua opção pela forma de tributação.

Nas declarações dos exercícios 2002 e 2003 consta como forma de tributação o "Lucro Real", com estimativa mensal com base em balancete de suspensão/redução.

Todavia, o disposto no art. 230, caput e § 1º, do RIR/99 estabelece:

"Art. 230. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso (Lei nº 8.981, de 1995, art. 35, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 29).

§ 12 Os balanços ou balancetes de que trata este artigo (Lei nº 8.981, de 1995, art. 35, § 12):

I - deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no Livro Diário;" (grifo nosso)

A própria contribuinte reconhece em sua impugnação, que segundo o disposto no art. 251 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), *"a pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais"*.

Nesta linha de raciocínio é que o art. 258 do mesmo RIR/99 estabeleceu:

Art. 258 Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da pessoa jurídica (Decreto-Lei n. 486, de 1969, art. 52).

(.)

§ 42 Os livros ou fichas do Diário, bem como os livros auxiliares referidos no § 12, deverão conter termos de abertura e de encerramento, e ser submetidos a autenticação no órgão competente do Registro do Comércio, e, quando se tratar de sociedade civil, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (Lei n. 3.470, de 1958, art. 71, e Decreto-Lei n. 486, de 1969, art. 52, §22,)

Desta forma, para comprovar sua opção efetiva pelo lucro real a contribuinte deveria ter trazido aos autos, além do LALUR, outros livros fiscais como por exemplo o Livro

Diário devidamente autenticado na Junta Comercial que, somados ao LALUR e DIPJ pudessem comprovar sua alegação de erro.

Deve ser dito que, embora tal opção de comprovação do equívoco cometido já tivesse lhe sido acenada na decisão recorrida, a contribuinte não a apresentou, nem a qualquer outra, também em sede recursal.

Assim, é de se concluir que de fato não restou demonstrado que houve equívoco quando preencheu o DARF de recolhimento com o código 2089, relativo a “Lucro Presumido”.

Quanto aos REDARF apresentados deve ser dito que tal petição foi protocolada em 12/11/2003 quando a contribuinte já se encontrava sob procedimento fiscal, cujo início deu-se em 16/06/2003, e não mais usufruía da espontaneidade, razão pela qual estes REDARF não podem ser aceitos como prova de equívoco porventura cometido.

Quanto à alegada opção pelo PAES, que impediria, no entender da recorrente, o lançamento de ofício já que os débitos estariam com a exigibilidade suspensa, deve ser dito que para que haja a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, estes deverão estar constituídos pelo lançamento, conforme arts. 141 e 142 do CTN.

Assim não se pode falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário antes da lavratura de AI, pois a constituição operou-se justamente com a formalização do lançamento de ofício, uma vez este não fora declarado por meio de DIPJ ou DCTF.

Em relação ao PAES é de se observar que a Lei. 10.684/2003 permite o parcelamento de débitos não declarados, mas exige que, nestes casos, eles sejam confessados de forma irretratável e irrevogável.

Art. 1º Os débitos junto a Secretaria da Receita Federal ou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos débitos constituídos ou não, inscritos ou não como Dívida Ativa, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento.

§ 2º Os débitos ainda não constituídos deverão ser confessados, de forma irretratável e irrevogável.

Por sua vez a Portaria Conjunta PGFN/SRF n. 3, de 1º de setembro de 2003 instituiu a declaração PAES exatamente para que os débitos do contribuinte, não declarados, até 31/10/2003, pudessem ser confessados na forma estabelecida na Lei 10684/03, instituidora do referido parcelamento

Art. 1º Fica instituída declaração -Declaração Paes- a ser apresentada até o dia 31 de outubro de 2003 pelo optante do parcelamento especial de que trata a Lei 10.684/03, pessoa física ou, no caso de pessoa jurídica ou a ela equiparada, pelo estabelecimento matriz, com a finalidade de:

I - confessar débitos com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, não declarados ou não confessados a SRF, total ou parcialmente, quando se tratar de devedor desobrigado da entrega de declaração específica;

II - confessar débitos em relação aos quais houve desistência de ação judicial, bem assim, prestar informações sobre o processo correspondente a essa ação;

III - prestar informações relativas aos débitos e aos respectivos processos administrativos, em relação aos quais houve desistência do litígio;

IV - confessar débitos, não declarados e ainda não confessados, relativos a tributos e contribuições correspondentes a períodos de apuração objeto de ação fiscal por parte da SRF, não concluída no prazo fixado no caput, independentemente de o devedor estar ou não obrigado a entrega de declaração específica.

No momento da Declaração PAES (28/11/2003) o lançamento de ofício ainda não havia sido formalizado, nem declarados por meio de DIPJ ou DCTF. Exatamente por esta razão é que a contribuinte os incluiu na declaração PAES para que pudessem ser incluídos no parcelamento, pois, se o lançamento viesse a ocorrer após o prazo para a opção pelo PAES, pudesse o optante fazer jus aos benefícios do programa especial de parcelamento.

Todavia, estando o optante sob procedimento de fiscalização, caso dos autos, o benefício restringe-se à redução da multa de ofício no percentual disposto no art. 1, § 7, da Lei n. 10.684/2003.

Ainda segundo o art.4, inciso II da Lei 10.684/2003 para que a contribuinte pudesse ter seus débitos incluídos no referido parcelamento era necessário que desistisse expressamente de forma irrevogável do recurso voluntário interposto:

"Art. 4 - O parcelamento a que se refere o art. 1º:

II- somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, relativamente a matéria cujo respectivo débito queira parcelar;" (grifo nosso)

Assim, sobre os valores incluídos no parcelamento é de se considerar que não poderia ser contestados neste recurso, como bem salientou a decisão recorrida sob pena sob pena de a opção pelo PAES ser considerada inexistente.

Deve ser dito, ainda, que as DIPJ dos exercícios 2001 a 2003, cujas cópias a contribuinte trouxe junto à impugnação, não foram consideradas para efeito de exclusão de infrações e penalidades, pois a apresentação deu-se após a ciência da contribuinte do início do procedimento fiscal, ocorrida em 11 de junho de 2003.

Assim sendo, voto no sentido de acolher os embargos declaratórios interpostos, com efeitos infringentes para conhecer do recurso voluntário interposto e, no mérito, negar-lhe provimento.

Nayra

Bastos

Manatta

-

Relator

Voto Vencedor

Divergiu a maioria do Colegiado do voto acima entendendo não ser o caso de acolhimento de embargos.

É que o relato deixa claro que as peças constantes dos autos por ocasião do exame realizado pela Câmara demonstravam ser ele intempestivo. Assim, nada há na decisão proferida pelo colegiado ao examiná-lo que possa ser considerado contraditório, obscuro ou omissivo.

De fato, omissão não há, pois ela só justifica o acolhimento de embargos quando se refira a ponto sobre que deveria a Câmara ter-se pronunciado. Ora, se o documento agora juntado com o intuito de demonstrar a tempestividade da peça de defesa não estava nos autos, não se poderia exigir que a Relatora o houvesse examinado.

Do mesmo modo, não se patenteia nem obscuridade – sendo cristalina a decisão proferida –, muito menos contradição. Esta última justifica embargos quando se dá entre os fundamentos do voto e o dispositivo da decisão ou entre o primeiro e o relatório. Nada há, portanto, que se possa enquadrar como tal.

Note-se que se se admitir – ainda que sem qualquer análise da autenticidade do documento somente agora apresentado – que de fato a petição foi postada na data indicada, tudo o que terá havido, será uma má apreciação dos fatos, mas apenas porque ausente a prova necessária. Isso em meu entender – e no da maioria do colegiado – apenas permite a apresentação do recurso à instância especial, demonstrada que seja a existência de decisão divergente.

Foi assim que entendeu a maioria do Colegiado e este é o Acórdão que me coube redigir não acolhendo os embargos interpostos.

CONSELHEIRO JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

REDATOR DESIGNADO