



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

Processo nº 10140.003417/2003-34
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3403-003.541 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2015
Matéria PIS
Embargante AUTORIDADE ADMINISTRATIVA INCUMBIDA DA EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO
Interessado ENGELÉTRICA TECNOLOGIA DE MONTAGEM LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1998, 2000, 2001, 2002, 2003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

A omissão de ponto sobre o qual a turma de origem deveria ter se manifestado rende ensejo aos embargos de declaração.

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO PROVADA NOS AUTOS E DECIDIDA EM SENTENÇA MANDAMENTAL QUE DETERMINOU O CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

O CARF não pode ignorar decisão judicial na qual ficou decidido que o recurso do contribuinte era tempestivo para proferir novo acórdão declarando a intempestividade.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RELATOR ORIGINÁRIO QUE NÃO MAIS INTEGRA O COLEGIADO. INEXISTÊNCIA DE CONSELHEIRO NA TURMA DE ORIGEM QUE TENHA PARTICIPADO DO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

A inexistência, na turma de origem, de conselheiro que tenha participado do julgamento do acórdão embargado obsta a aplicação do art. 49, § 7º do RICARF e determina o sorteio do processo a novo relator, uma vez que a designação de *ad hoc*, neste caso, implicaria o direcionamento do processo a determinado conselheiro, sem amparo naquele dispositivo regimental.

NULIDADE. ACÓRDÃO DA DRJ. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PERÍCIA.

Não acarreta nulidade do acórdão de primeira instância o indeferimento motivado na desnecessidade do pedido de perícia, mormente quando se constata que a perícia é realmente desnecessária, em razão da resposta aos quesitos formulados tratarem de matéria que se encontra no âmbito da

competência funcional dos auditores-fiscais da Receita Federal, não requerendo para seu deslinde o conhecimento de um *expert*.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. INDICAÇÃO DE INCISO INEXISTENTE EM DISPOSITIVO LEGAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO INCISO DO ART. 149 DO CTN QUE FUNDAMENTA A REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO.

Os lapsos manifestos cometidos na indicação de dispositivos legais não eivam de nulidade o lançamento de ofício, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o contribuinte se defende dos fatos que lhe são imputados e não do enquadramento legal.

REDARF. ERRO MATERIAL COMETIDO NO PREENCHIMENTO DOS CÓDIGOS DE ARRECADAÇÃO. OPÇÃO PELA TRIBUTAÇÃO DO IRPJ COM BASE NO LUCRO REAL. DARF PREENCHIDO COM CÓDIGO DE ARRECADAÇÃO DO IRPJ LUCRO PRESUMIDO.

Compete exclusivamente à autoridade administrativa do domicílio do contribuinte o juízo quanto à existência de erro cometido no preenchimento dos DARF por meio dos quais foi exercida a opção pelo regime de tributação do IRPJ. O CARF não tem competência nem para apreciar o pedido de retificação de DARF, nem para reformar o indeferimento da retificação negada pela Administração e muito menos para ordenar que a autoridade administrativa efetue a retificação à vista de documento juntados a este processo.

CONFISSÃO DE DÍVIDA. DECLARAÇÃO PAES. RENÚNCIA TÁCITA AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A confissão irretratável do débito de PIS apurado de ofício, configura renúncia tácita ao recurso voluntário a teor do art. 78 do RICARF. Entretanto, existência de períodos de apuração em que o débito apurado de ofício excedeu o valor confessado na declaração PAES, obriga o colegiado a analisar todos os argumentos de defesa.

CONFISSÃO DE DÍVIDA NO PAES NO CURSO DA AÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTAS. REDUÇÃO.

A confissão do tributo apurado de ofício após o termo de início de ação fiscal, mas antes da ciência do auto de infração, não impede e nem afasta o lançamento de ofício. Também não exclui e nem permite a redução da multa de ofício com base no art. 1º, § 7º, da Lei nº 10.684/2003, uma vez que os débitos não estavam constituídos na data da opção e a multa não foi consolidada no processo de parcelamento.

Embargos da autoridade administrativa acolhidos para conhecer do recurso voluntário e no mérito negar-lhe provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração da autoridade administrativa, com efeito modificativo, para anular os Acórdãos 204-01.239 e 3402-001.060 a fim de tomar conhecimento do recurso voluntário, reconhecendo sua tempestividade, para, no mérito, negar-lhe provimento.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Jorge Freire, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de auto de infração com ciência pessoal do contribuinte em 09/12/2003 (fl. 183), lavrado para exigir o crédito tributário relativo ao PIS, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento da contribuição nos períodos de apuração compreendidos entre dezembro de 1998 e junho de 2003, em razão de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou, em síntese, o seguinte:

1) Nulidade do auto de infração, em virtude de erro no enquadramento legal. Foi indicado artigo de dispositivo legal com inciso inexistente (art. 77, III, do DL nº 5.844/43) e não ficou claro em qual dos incisos do art. 149 do CTN enquadra-se o caso específico. Houve violação do art. 10, IV do PAF;

2) No mérito, alegou que optou por recolher o imposto de renda a partir do ano-calendário 2000 tendo como base o Lucro Real, nos termos do art. 247 do RIR/99. Cumpriu as determinações do art. 251 e 260 do RIR/99. Entretanto, por equívoco, preencheu os DARF de recolhimento do IR e da CSL com o código 2372 (CSL Lucro Presumido) e 2089 (IRPJ Lucro Presumido). Tão logo constatou o erro, solicitou pedido de REDARF, tendo sido indeferido sob o argumento de que contrariava o Regulamento do IR, bem como norma específica de Redarf, rendendo ensejo a este auto de infração;

3) Não há como aceitar as razões do referido indeferimento, pois não houve infringência do disposto no art. 8º, inciso V, da IN SRF nº 284/2003. O que ocorreu foi um erro material e não mudança de opção. O Conselho de Contribuintes vem acatando retificações dessa natureza (transcreve trecho do Acórdão nº 108-7577, de 4 de novembro de 2003). O erro material acabou por gerar uma receita que a impugnante efetivamente não teve, o que deu ensejo a um faturamento irreal;

4) O optou pelo PAES, incluindo os débitos constantes no Auto de Infração nesse programa de parcelamento especial. As declarações PAES foram entregues no dia 28/11/2003 (doc. 5), estando em dia com as parcelas. O parcelamento é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, portanto, não poderia ser lavrado o Auto de Infração relativamente a esses débitos;

5) Não sendo caso de exclusão da multa, por conta da opção pelo PAES, esta deve ser reduzida para os débitos dos períodos 1998 e 1999, haja vista o disposto no art. 1º, §

7º, da Lei nº 10.684/2003. Requereu o provimento da sua impugnação e o deferimento de perícia e a produção de todas as provas em direito admitidas.

A 2ª Turma da DRJ - Campo Grande, por meio do Acórdão nº 3.645, de 23 de abril de 2004, manteve o lançamento.

Regularmente notificado daquele Acórdão em 13/05/2004 (fl. 586), o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 598 e ss. em 18/06/2004, alegando, em preliminar, nulidade da decisão recorrida, em razão do indeferimento do pedido de perícia. No mérito, reprisou as alegações de impugnação.

Por meio do Acórdão 204-01.239 o antigo Segundo Conselho de Contribuintes não tomou conhecimento do recurso voluntário, por ter sido considerado intempestivo (fls. 644/646).

Regularmente notificado daquele julgado em 28/07/2006 (fl. 651), o contribuinte apresentou, na mesma data, embargos de declaração de fls. 661 e ss., alegando que o recurso voluntário foi postado nos Correios no dia 14/06/2004, dentro do prazo de 30 dias, e que o carimbo de protocolo da repartição foi colocado no documento no dia 18/06/2004. Para comprovar o alegado juntou cópia do Aviso de Recebimento relativo à postagem do recurso voluntário às fls. 665/666.

Por meio do despacho de fls. 670 os embargos foram rejeitados, sob argumento de que não havia nenhum vício no acórdão a ser sanado porque a decisão fora tomada com base nos documentos constantes do processo, uma vez que o AR de fl. 665 não constava dos autos.

Regularmente notificado desse despacho, o contribuinte impetrou mandado de segurança questionando a validade do Acórdão 204-01.239, conforme fl. 698/719.

Na fl. 719 consta o dispositivo da sentença que concedeu o *writ* para que a autoridade impetrada tomasse o recurso voluntário como tempestivo.

Os autos retornaram ao CARF tendo sido proferido o Acórdão 3402-001.060, no qual, por maioria de votos, os embargos de declaração foram mais uma vez rejeitados, mantendo-se a decisão administrativa quanto à intempestividade do recurso voluntário. Desta feita, a relatora originária do processo, Conselheira Nayra Bastos Manatta, reconheceu a tempestividade do recurso, em face do aviso de recebimento de fls. 665/666, mas foi vencida na votação, tendo sido designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos.

O processo retornou à origem e foi devolvido ao CARF com a informação fiscal de fls. 783, na qual a autoridade administrativa incumbida da execução do julgado informou que a tempestividade do recurso não poderia mais ser objeto de apreciação na via administrativa, em virtude da decisão judicial que mandou a Administração considerar o recurso voluntário tempestivo.

Tendo em vista que todos os Conselheiros arrolados na fl. 771 não mais integram a turma que proferiu o Acórdão 3402-001.060, o processo entrou em novo lote de sorteio, tendo sido contemplado este relator.

É o relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/03/2015 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 01/03/2015

5 por ANTONIO CARLOS ATULIM

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

A inclusão desses embargos em novo lote para sorteio foi correta, pois embora o art. 49, § 7º do RICARF estabeleça que os embargos de declaração devam ser apreciados pela turma de origem, no caso concreto não existe mais "turma de origem", pois nenhum dos conselheiros que participaram do julgamento que culminou no Acórdão 3402-001.060, integram a Segunda Turma Ordinária desta Câmara. Aqueles que não saíram do CARF passaram a integrar outros colegiados, sendo inviável a designação de relator *ad hoc*.

A designação de relator *ad hoc* neste caso significaria direcionar o julgamento do recurso voluntário a um determinado conselheiro por livre escolha do presidente daquele colegiado, fato que além de não ter amparo regimental, contraria os princípios da impessoalidade e da moralidade. O sorteio deste processo, sem dúvida, foi a melhor solução, uma vez que nenhum dos atuais integrantes da Segunda Turma Ordinária desta Câmara participou do julgamento do Acórdão 3402-001.060.

Conforme deixa evidente a leitura do Acórdão 3402-001.060, tanto a relatora originária, quanto o relator designado não fizeram nenhuma menção ao mandado de segurança e à sentença que determinou que a Administração tomasse o recurso voluntário como tempestivo.

Tal omissão rende ensejo aos embargos de declaração, a teor do art. 65 do RICARF, em razão da omissão de ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma de julgamento.

É inequívoco que o Acórdão 3402-001.060 foi proferido pelo colegiado com omissão de ponto sobre o qual a turma deveria ter se manifestado, pois existia ordem judicial que impedia o colegiado de se manifestar sobre a tempestividade do recurso voluntário.

Sendo assim, tomo conhecimento dos embargos de declaração opostos pela autoridade administrativa e passo ao julgamento do recurso voluntário do contribuinte, não só em virtude da ordem judicial, mas também porque o contribuinte conseguiu comprovar nas fls. 665/666 que seu recurso é realmente tempestivo.

No recurso foram alegadas as seguintes questões:

a) a nulidade da decisão de primeira instância, por cerceamento de defesa, em face do indeferimento da perícia;

b) a nulidade do auto de infração, em virtude de vício no enquadramento legal;

c) o erro material cometido no preenchimento dos DARF, não corrigido em face do indeferimento do REDARF, culminando no não reconhecimento da opção do contribuinte pelo lucro real por parte da Administração;

d) adesão ao PAES e a consequente impossibilidade de lavratura do auto de infração. A multa deveria ser excluída e, caso esse pedido não possa ser atendido, ela deveria sofrer a redução de 50%.

A adesão do contribuinte ao PAES é um fato jurídico de extrema relevância para este processo, pois a inclusão dos débitos em processo de parcelamento, configura confissão de dívida irretratável e irrevogável, a teor do art. 15, II, da Lei nº 10.864/2003 (PAES), *in verbis*:

Art.15. A opção pelo regime especial de parcelamento referido no art. 13 sujeita a pessoa jurídica optante:

I- à confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 14;

(...)

E o art. 78 do Regimento Interno do CARF estabelece o seguinte:

"Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

§ 3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse.

Cotejando-se o demonstrativo de apuração da fiscalização (fls. 188/191) com a declaração PAES apresentada pelo contribuinte junto com a impugnação (fls. 505/513), verifica-se que a inclusão dos débitos lançados de ofício no PAES não incluiu a multa de ofício, mesmo porque o contribuinte aderiu ao PAES em 28/11/2003 (fl. 501), após o início da ação fiscal (ocorrida em 11/06/2003, fls. 09/10), mas antes da ciência do auto de infração (ocorrida em 09/12/2003, fl. 183).

Além disso, a comparação acima efetuada revelou que, ao contrário do alegado pela defesa, a declaração ao PAES não abrangeu a totalidade do PIS lançado de ofício. Isto porque em vários meses a confissão de dívida no PAES foi efetuada em valores inferiores aos apurados pela fiscalização. A título de exemplo, foram constatadas as seguintes diferenças nos cinco períodos de apuração a seguir elencados:

a) março de 2000 - auto de infração R\$ 8.092,53, declaração PAES R\$ 8.078,80;

b) maio de 2000 - auto de infração R\$ 7.158,63, declaração PAES R\$ 6.399,72;

c) agosto de 2000 - auto de infração R\$ 7.915,08, declaração PAES R\$ 7.636,02;

d) outubro de 2000 - auto de infração R\$ 7.555,84 declaração PAES R\$ 3.926,68;

e) novembro de 2000 - auto de infração R\$ 7.899,24, declaração PAES R\$ 4.258,20.

Sendo assim, forçoso concluir que não houve confissão irrevogável e irretratável em relação à totalidade dos débitos lançados no auto de infração, decorrendo daí a impossibilidade deste colegiado aplicar o art. 78 do RICARF (desistência tácita do recurso) à totalidade dos débitos lançados de ofício.

Assim, todas as alegações contidas no recurso voluntário devem ser conhecidas e analisadas por este colegiado, pois elas são comuns tanto à parcela do lançamento incluída no PAES, quanto à parcela do auto de infração que excede a declaração PAES.

Nesse passo, a defesa alegou em preliminar a nulidade da decisão da DRJ por ter indeferido o pedido de perícia.

Não tem razão o contribuinte. Isto porque a DRJ motivou o indeferimento da perícia na sua desnecessidade, tanto que o contribuinte apresentou argumentação em sede recursal procurando demonstrar que a perícia era necessária.

Há que se concordar com a turma de julgamento de primeira instância. A perícia requerida é totalmente desnecessária, pois além dos documentos juntados ao processo permitirem a formação da livre convicção do julgador, a resposta aos quesitos apresentados é matéria que se encontra no âmbito da competência dos auditores-fiscais da Receita Federal, não requerendo para seu deslinde o conhecimento de um *expert*.

Assim, rejeita-se a preliminar de nulidade do acórdão da DRJ - Campo Grande, com base no disposto dos arts. 18 e 28, parte final, do Decreto nº 70.235/72.

Outra nulidade alegada foi o vício no enquadramento legal, pois segundo a recorrente, o art. 77 do Decreto-Lei nº 5.844/43 não possui nenhum inciso III, conforme citado pela fiscalização. Além disso, não foi citado o inciso do art. 149 do CTN no qual se enquadraria o caso concreto.

Mais uma vez não tem razão a defesa, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o contribuinte se defende dos fatos que lhe são imputados e não do enquadramento legal.

Da descrição dos fatos depreende-se que o lançamento por homologação (art. 150 do CTN) foi revisto de ofício com base no art. 149, V do CTN. No entender da fiscalização o lançamento por homologação foi feito de forma inexata pelo contribuinte, pois as DCTF apresentadas continham valores inferiores aos apurados na escrituração.

No mesmo sentido, é evidente que a fiscalização ao mencionar o art. 77 do Decreto nº 5.844/43 estava se referindo à alínea "c" em vez do citado inciso III. No entender da fiscalização, tendo o contribuinte optado pelo lucro presumido, as declarações apresentadas com base no lucro real foram inexatas.

Sendo assim, o lapso manifesto em indicar inciso inexistente no art. 77 do Decreto-Lei nº 5.844/43 ou mesmo a ausência do inciso do art. 149 do CTN, que autoriza a revisão de ofício do lançamento, não acarretaram cerceamento de defesa, uma vez que o ilustre advogado representante do contribuinte apresentou impugnação e recurso voluntário com argumentação robusta, atacando o cerne das irregularidades que lhe foram imputadas.

Esse entendimento está consolidado nesta instância de julgamento, a teor dos seguintes julgados:

RECURSO “EX OFFICIO” – IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE DO LANÇAMENTO – Não inquina de nulidade o auto de infração eventual impropriedade na indicação do enquadramento legal, ou mesmo a inclusão de artigo do Regulamento do Imposto de Renda que não tem pertinência direta com a matéria, quando a descrição dos fatos das infrações nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma ampla das imputações que lhe foram feitas.

Recurso ex officio a que se dá provimento.

(Ac. 101-95.079, Rel. Cons. Paulo Roberto Cortez, unânime)

NULIDADE. A alegação de que o incorreto enquadramento legal acarreta nulidade da Peça Infracional não há de prosperar quando os fatos estão corretamente descritos de forma a permitir a compreensão e defesa ampla da recorrente das acusações que lhe são impostas e, mais ainda, quando correto o enquadramento legal efetuado pelo Fisco.

Preliminar rejeitada. (...)

(Ac. 204-01.145, Rel. Cons. Nayra Bastos Manatta, unânime.)

(...) NULIDADE. ENQUADRAMENTO LEGAL.

Não ocorre nulidade do auto de infração por deficiência de enquadramento legal, quando descritos com precisão os fatos referentes ao lançamento, não havendo prejuízo à defesa, uma vez que a interessada deve se defender dos fatos que lhe foram imputados. Tal falha pode ser saneada pela autoridade julgadora, não constituindo agravamento ou aperfeiçoamento do lançamento. (...)

(Ac. 201-79.611, Rel. Cons. Maurício Taveira e Silva, unânime)

Com esses fundamentos, rejeita-se a preliminar de nulidade do auto de infração.

No mérito, o contribuinte alegou nas entrelinhas que parte dos débitos apurados pela fiscalização surgiram em razão da Administração não ter considerado sua opção pela tributação do imposto de renda com base no lucro real, que determinaria a tributação da contribuição ao PIS no regime não-cumulativo possibilitando, assim, o desconto de créditos.

No termo de constatação fiscal de fls. 31/32, a fiscalização fundamentou o lançamento do PIS com base no regime cumulativo ao argumento de que, embora o

contribuinte tenha apresentado as DIPJ com base no lucro real nos anos-calendário de 2000, 2001 e 2002; efetuou os recolhimentos do imposto com o código de arrecadação 2089 (IRPJ-LUCRO PRESUMIDO).

Tais recolhimentos, implicam opção definitiva pelo lucro presumido para todo o ano-calendário correspondente, a teor do art. 516 e seus parágrafos do RIR/99.

Os comandos dos §§ 1º e 4º do art. 516 são de clareza vítea:

Art.516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a 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 (Lei nº9.718, de 1998, art. 13).

§1ªA opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, §1º).

(...)

§4ªA 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 26, §1º).

(...)

Por seu turno, nas fls. 40/41 se pode constatar que a autoridade administrativa indeferiu os pedidos de retificação de DARF, sob a alegação de que o contribuinte não comprovou o erro e que o pedido contraria o art. 516, do RIR/99 (ou seja, se a opção é definitiva, não há que se retificar o DARF para mudar uma opção que a lei diz que é definitiva).

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que o pedido não poderia ter sido indeferido e que não contraria o art. 516 do RIR/99, juntando cópias das declarações do IRPJ e cópias do livro de apuração do lucro real, no intuito de demonstrar o erro que teria cometido no preenchimento dos códigos de arrecadação, esperando, com isso, que este colegiado reconheça o erro cometido ou que determine que a autoridade administrativa efetue a retificação dos DARF.

Contudo, o CARF não tem competência nem para apreciar o pedido de retificação de DARF, nem para reformar o indeferimento da retificação negada pela Administração e muito menos para ordenar que a autoridade administrativa efetue a retificação à vista das declarações de IRPJ e do livro LALUR juntados ao processo.

Isto porque compete exclusivamente à Delegacia da Receita Federal o juízo quanto à existência ou a inexistência do erro alegado pelo contribuinte e tal decisão não está sujeita a contestação por meio dos recursos disponíveis no Decreto nº 70.235/72.

A IN SRF nº 672/2006 estabelece um procedimento sumário para a retificação de DARF. Ou o contribuinte comprova o erro e os DARF são retificados, ou não comprova o erro e tudo fica como está. O ato normativo não prevê nenhum recurso. Quando muito, o indeferimento do pedido de retificação estaria sujeito ao recurso hierárquico, previsto no art. 56, § 1º da Lei nº 9.784/99.

Sendo incontroverso nos autos que os DARF não foram retificados pela autoridade administrativa, **em razão da falta da apresentação de documentos hábeis a comprovação do erro alegado**, a opção do contribuinte pelo lucro presumido ocorreu nos exatos termos do art. 516 do RIR/99, sendo definitiva para aqueles anos-calendários.

Isso significa que o contribuinte estava sujeito ao recolhimento do PIS no regime cumulativo, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.637/2002, e que foi correta a lavratura do auto de infração com base nas LC nº 7/70 e 17/73 e na Lei nº 9.715/98.

Outra alegação da defesa, foi no sentido de que o auto de infração não poderia ter sido lavrado, ou que a multa de ofício deveria ser excluída porque houve confissão de dívida por meio da declaração PAES.

Em primeiro lugar e - como já foi dito alhures - a declaração PAES foi apresentada **após** o recebimento do termo de início de fiscalização e **antes** da ciência do auto de infração.

A apresentação da declaração PAES no curso da ação fiscal é um fato jurídico relevante. Entretanto, não é um fato apto a afastar o lançamento de ofício porque os débitos confessados pelo contribuinte não estavam confessados em nenhuma outra declaração apresentada antes do início do procedimento fiscal. Portanto, inexistindo confissão de dívida prévia ao início da ação fiscal, cabível a constituição por meio do lançamento de ofício.

Quanto à penalidade infligida, a apresentação da declaração PAES no curso do procedimento fiscal impede não só a exclusão pura e simples da multa de ofício, mas também a redução de 50% prevista no art. 1º, § 7º, da Lei nº 10.684/2003. Vejamos.

Tendo apresentado a declaração PAES no curso da ação fiscal, o contribuinte praticou o ato de confissão de dívida ao desamparo da espontaneidade, pois a teor do art. 7º, § 1º do Decreto nº 70.235/72, o início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do contribuinte.

Assim, a multa de ofício não pode ser simplesmente excluída neste caso concreto porque o contribuinte já tinha perdido a espontaneidade quando apresentou a declaração PAES.

Por outro lado, também é incabível a redução da multa em 50% com base no art. 1º, § 7º, da Lei nº 10.684/2003, pois o débito ainda não estava constituído e a multa não foi consolidada no processo de parcelamento. Eis a dicção legal:

Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à 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.

§ 3º O débito objeto do parcelamento será consolidado no mês do pedido e será dividido pelo número de prestações, sendo que o montante de cada parcela mensal não poderá ser inferior a:

(...) omissis...

§ 7º Para os fins da consolidação referida no § 3º, os valores correspondentes à multa, de mora ou de ofício, serão reduzidos em cinquenta por cento.

(...) omissis....

(Destaquei)

A leitura do dispositivo legal invocado pela defesa não deixa nenhuma dúvida: só é passível da redução de 50% a multa de ofício incidente sobre débitos constituídos na data da opção pelo parcelamento e desde que a multa seja consolidada no parcelamento.

No caso concreto não ocorreu nenhuma coisa e nem outra. O débito de PIS confessado pelo contribuinte no PAES não estava constituído, pois se foi incluído na declaração PAES é porque não se encontrava em nenhuma outra declaração apresentada espontaneamente pelo contribuinte.

Esse débito também não se encontrava constituído de ofício, pois a declaração PAES ocorreu antes da ciência do auto de infração.

Assim, é inequívoco que a multa de ofício não foi consolidada no parcelamento, quer pelo fato de que o débito não estava constituído de ofício na data da declaração, quer pelo fato do contribuinte ter confessado apenas o valor do principal.

Se a multa não foi consolidada no processo de parcelamento, descabe a redução de 50% prevista no 1º, § 7º, da Lei nº 10.684/2003, que expressamente exige tal consolidação. A redução é para multas consolidadas no parcelamento e não para multas lançadas de ofício que não tenham sido incluídas pelo contribuinte no parcelamento.

Com esses fundamentos, voto no sentido de acolher os embargos de declaração da autoridade administrativa com efeito modificativo para anular os Acórdãos 204-01.239 e 3402-001.060, reconhecendo a tempestividade do recurso voluntário, para, no mérito, desprovê-lo.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA