



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

Processo nº 10380.002342/2003-41
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1101-000.748 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2012
Matéria Embargos de Declaração
Embargante EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1999

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO.
RATIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO.

Não tendo sido demonstrado erro, omissão ou contrariedade à lei, ratifica-se o acórdão embargado, mantendo a decisão proferida pelo Acórdão nº 105-15646, em sessão de 26/04/2006.

Embargos acolhidos e improvidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de embargos de declaração opostos por Empreendimentos Pague Menos S/A.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher e negar provimento aos embargos de declaração para ratificar o Acórdão nº 105-15646, de 26/04/2006, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Ricardo da Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Nara Cristina Takeda Taga, José Ricardo da Silva e Valmar Fonseca de Menezes (Presidente).

CÓPIA

Relatório

EMPREENDEIMENTOS PAGUE MENOS LTDA., inconformada com a decisão proferida por meio do Acórdão nº 105-646, opõe EMBARGOS DE DECLARAÇÃO arguindo existir omissão na decisão referida nos seguintes termos:

“Cuida este processo da tributação sobre depósitos bancários que essa egrégia Câmara considerou não comprovados. Duas obscuridades serão atacadas nestes embargos: em primeiro, quando o VOTO VENCEDOR de autoria de sua Ex^a, o Conselheiro José Carlos Passuello, pág. 28, penúltimo parágrafo, declara: “Tendo havido intimação regular para a comprovação dos valores contabilizados e atendidos os demais trâmites processuais, é de se manter a tributação.” A afirmação, demonstrar-se-á contrária a verdade dos fatos.

2. Vejamos, em sentido amplo, a partir do CPC, o instituto de embargo de declaração:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição (Redação dada pela Lei nº 8950, de 13.12.1994);

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (Redação dada pela Lei nº 8950, de 13.12.1994).

3. O Regimento desse egrégio Conselho, de forma semelhante ao texto fundador, o CPC, acima, dispõe:

Art. 27. Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

*4. Vale mencionar, em prol da obscuridade e do não pronunciamento, que a irregularidade da notificação foi objeto de sustentação oral, mas o acórdão não faz mínimo registro que tenha havido qualquer manifestação nesse sentido, muito menos registra a sustentação oral. Houve, sim, tanto que a **page** desse Egrégio Conselho a registra, mas o Acórdão embargado omite.*

Ora, Sr. Presidente, os autos se revestem de vício de natureza grave, precisamente no que diz respeito aos prazos naquilo que se pode entender por “intimação regular”. A matéria foi cabalmente trazida ao plenário por ocasião da sustentação oral, mas recebeu total omissão no acórdão embargado. Não se alegue, por obsequio, a preclusão, posto que, se verdadeira, a preclusão haveria esta também de ter sido apreciada no acórdão embargado. Em suma, os advogados da embargante levaram os

argumentos ao plenário, mas o Acórdão embargado silencia-os.
(...)

O princípio que norteia a regra do artigo 149 do CTN é do não-proveito da parte “eficiente” mesma do lançamento, porque estritamente vinculada ao princípio da reserva legal. Em suma, a prevalência da verdade material. Demonstram-se a seguir, os ilícitos processuais elencados no art. 149, inciso IX, do Código Tributário Nacional, matéria cabalmente trazida na sustentação oral, mas omitida no Ac. Embargados:

Fls. 27/28, Termo de Intimação Fiscal, com prazo de cinco dias para apresentar movimentação bancária, papéis que, em poder de terceiros não são objeto de comprovação tão-só na fiscalizada, mas, pelo contrário, a demandar extratos, fac-símile e conferências externas;

Fls. 31, Termo de Intimação Fiscal, também com prazo de cinco dias, envolvendo a conta de Vendas de mercadorias, inclusive custos dos produtos comercializados; idem contas bancárias e contas de clientes;

Fls. 35, Termo de Intimação Fiscal com prazo imediato;

Fls. 39, Termo de Intimação Fiscal, com prazo de cinco dias sobre movimentação bancárias, informações

Ora, Senhor Presidente, o prazo de cinco dias inexistente no direito fiscal brasileiro, muito menos este outro, imediato.

Donde, conclusão, a intimação para comprovar os fatos autos pode ter sido qualquer coisa, menos regular, adjetivação do respeitável Ac embargado. Com todo o respeito, nada mais irregular que as intimações destes autos, assim o vejamos:

Art. 71. O art. 19 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 19. O processo de lançamento de ofício será iniciado pela intimação ao sujeito passivo para, no prazo de vinte dias, apresentar as informações e documentos necessários ao procedimento fiscal, ou efetuar o recolhimento do crédito tributário constituído.

§1º. Nas situações em que as informações e documentos solicitados digam respeito fatos que devam estar registrados na escrituração contábil ou fiscal do sujeito passivo, ou em declarações apresentadas à administração tributária, o prazo a que se refere o caput será de cinco dias úteis.

11. Senhor Presidente, a maior parte dos Termos de Intimação diz respeito a fatos e papéis estranhos à escrita quando regra dos 20 dias, como prazo mínimo, haver-se-ia de impor. Contudo, o agente do lançamento, à margem do Devido Processo Legal, estabeleceu 5 dias, com a excrescência do prazo imediato.

(...)

14. Diz o Ac. embargado que, sob intimação regular, o contribuinte não comprovou. Como se percebe, o tipo verbal

“comprovou” está inteiramente vinculado à “intimação regular”. Se a intimação é manifestamente irregular, porque violadora do tempo legal, não se pode levar a sério o “não-comprovou”. A fraseologia do Ac. Embargado deve ser lida, com todo respeito, assim: “não comprovou porque a autoridade usurpou-lhe o prazo legal”. Evidente que a sanção do ato ilícito é a sua nulidade. Cumpre ao administrador expurgar do processo as ilicitudes, sobretudo quando atentórias ao mais sagrado dos direitos: o Direito de Defesa. Realmente, não defendeu-se porque usurparam-lhe a mais pequena regra do direito de defesa: a plenitude dos prazos legais.

15. O administrador deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (Lei Geral do Processo Administrativo Fiscal).

16. As provas obtidas a partir de atos ilicitamente cometidos- porque sob usurpação de prazo legal, não de ser excluídas:

Art.

5º.....

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Constituição Federal).

17. Por outra, a nulidade que se requer não acarretará nenhum prejuízo para o Fisco, vide art. 173, inciso I, do CTN, posto que disporá de cinco anos para, abrindo os prazos legais, com absoluta ilegalidade, atender os postulados mínimos do que se entende, civilizadamente, por plenitude do contraditório e Devido Processo Legal.

18. Ainda assim, não se diga que o contribuinte não comprovou. Quando da sustentação oral, como que a suprir a usurpação dos prazos, foi demonstrado que os valores dados como omitidos estão rigorosamente contidos nos faturamentos diários da empresa. O Ac. Embargado menciona “folha pouco legível”, mas OMITE que, na sustentação oral, os Diários e Razões foram postos em cima da mesa do Plenário e corridos de mão em mão entre os senhores Conselheiros. Omite também que distribuiu-se memorial com esta demonstração mais que cabal: junta o Demonstrativo de Disponibilidade à fl. 314.

19. Se alguém para um pouco para pensar, constará que se exige uma prova impossível: como se fosse possível assinalar cada R\$ recebido nos caixas da empresa, fotografando-os certamente, para comprovar que os depósitos realizados pela empresa transportadora foram-nos daquelas exatas cédulas e exatas moedas, devidamente assinaladas, “ferradas” ou carimbadas. Não há esse tipo de prova. (...). Os valores depositados não de guardar origem em que? Nas vendas, evidentemente! Ou nas receitas, ou melhor, nos ingressos do dia, que, no caso concreto, planilha de folha anterior, comprovadamente mais que suficiente para justificá-los.

20. *Veja-se também que o Ac recorrido padece de insegurança em concluir (segundo parágrafo da pag. 27) que os recursos não seriam da embargante, mas da empresa de transporte de numerário. E mais, pág. 25: Como se pode observar, a linha que separa as possibilidades de suprimento é tênue...” Ténue, Senhor Presidente ç ! E, como se fosse pouco, lastreada em prova ilícitaç¹*

20. *Ante os fatos alegados e comprovados, pede que este embargo seja recebido nos seus efeitos suspensivo e modificativo e, com a máxima urgência, dê-se-lhe provimento para anular o auto de infração, tudo nos termos do art. 173, inciso II, do CTN, ao fundamento da legislação infringida (art. 71 da MP 2.158-35, e art. 59 , inciso II , do PAF.*

O Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção por meio do Despacho PRES nº 103-0/2009, de 20 de maio de 2009 (fl. 329), acolhendo o despacho de fls. 327 e 328, da Conselheira Karen Junqueira, a quem foram os autos distribuídos por sorteio em sessão de 23 de junho de 2008, considerou tempestivo os embargos em razão de o sujeito passivo ter tido ciência do acórdão em 14 de dezembro de 2006 e apresentado os embargos em 19 de dezembro de 2006, portanto, dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias previsto no Regimento Interno do CARF.

Acatados os embargos, retornam os autos para que as omissões e/ou contradições indicadas pelo embargante sejam devidamente supridas.

É o relatório.

Voto

Na sessão de 26/04/2006, os membros da Quinta Câmara, por unanimidade de votos decidiram rejeitar as preliminares arguidas e, por maioria de votos, acolher a preliminar de decadência levantada de ofício em relação ao PIS e COFINS, fatos geradores ocorridos de janeiro e fevereiro de 1998, e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso (Acórdão nº 105-15646).

O contribuinte opôs embargos de declaração. O Procurador interpôs Recurso Especial. Foram apresentadas as contra razões ao Recurso Especial pelo sujeito passivo.

O despacho de fls. 327 e 328, esclareceu que tendo em vista a interposição de embargos de declaração, estes deveriam ser primeiramente apreciados antes do exame do Recurso Especial do Procurador.

O primeiro questionamento dos embargos diz respeito a omissão dos nomes dos patronos que fizeram a sustentação oral quando do julgamento do Acórdão 105-15.646, devendo ser retificado o texto da decisão nos seguintes termos:

“Por unanimidade de votos, ACOLHER as preliminares arguidas. Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência levantada de ofício em relação ao PIS e COFINS fatos geradores ocorridos de janeiro a e fevereiro de 1998. Vencidos os Conselheiros Luis Alberto Bacellar Vidal, Claudia Lucia Pimentel Martins da Silva e Wilson Fernandes Guimarães. No mérito, por maioria de votos , negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt (Relator) e Roberto Beikerman. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Carlos Passuelo. Fizeram sustentação oral os Drs Francisco Jose Soares Feitosa, OAB CE 16.049 e José Adriano Pinto OAB CE 1.244.”

Em relação a questão dos prazos concedidos durante o procedimento fiscal, matéria levantada quando da sustentação oral temos que o Termo de Início de Ação Fiscal, início do processo de lançamento de ofício foram concedidos os 20 dias, conforme previsão legal (fl. 25).

Nos demais Termos de Intimação Fiscal, fls. 27 a 39, foram concedidos os prazos de cinco dias em virtude dos documentos solicitados referirem-se a fatos que deviam estar registrados na escrituração contábil/fiscal do sujeito passivo ou em declarações apresentadas à administração tributária cujo prazo deveria ser de 5 dias, conforme previsão legal, artigo 71 da Medida provisória 2.158-35, de 24.08.2001.

No mais, o Poder Discricionário é aquele que o direito concede à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Distingue-se do Poder Vinculado pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.

Posto isso, voto por acolher os embargos de declaração opostos contra o Acórdão nº 105-15646, sessão de 26/04/2006, para rejeita-los.

(Assinado digitalmente)

José Ricardo da Silva