



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

Processo nº 10384.004886/2008-12
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1402-001.339 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de março de 2013
Matéria Simples
Recorrente RENÉ DOS SANTOS ROCHA DE PINHO FILHO (Interessado: W D DISTRIBUIDORA LTDA)
Recorrida 3ª Turma da DRJ/FOR

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DO JULGADO.

Os embargos de declaração não são instrumentos hábeis a viabilizar a revisão do ato decisório embargado..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros de colegiado, por unanimidade de votos:(i) declarar nulos todos os atos processuais posteriores à interposição dos embargos de declaração;(ii) conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los; e: (iii) determinar o retorno dos autos para nova apreciação pelo Órgão julgador de primeira instância, que deverá examinar novamente as matérias contidas na impugnação, com exceção da preliminar de nulidade do lançamento em razão da incorreta aplicação dos dispositivos relacionados à exclusão retroativa do contribuinte do Simples, matéria essa já definitivamente julgada e afastada por este Conselho.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Em face do contribuinte acima identificado foram efetuados lançamentos tributários do IRPJ-Simples (fls.15/24), PIS/Pasep-Simples (fls. 25/34), CSLL-Simples (fls. 35/44), Cofins-Simples (fls. 45/54) e INSS-Simples (fls. 55/64). Os créditos tributários foram apurados de acordo com a sistemática legal do Simples e totalizam o montante de R\$ 1.873.591,61, já computados os juros moratórios e a multa de ofício qualificada (150%).

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls 65/82), em fiscalização levada a efeito pela DRF de Teresina/PI, constatou-se que a contribuinte omitiu receitas no ano-calendário de 2005, ao declarar, para fins de apuração de tributos federais, um valor substancialmente inferior ao valor escriturado no Livro de Apuração do ICMS.

Durante o processo de fiscalização, a autoridade lançadora se deparou com fortes indícios de irregularidade na constituição societária da empresa, cujo proprietário de fato estaria utilizando interpostas pessoas como sócios formais, enquanto geria os negócios através de procurações com amplos poderes. Após uma série de diligências realizadas, constatou que de fato a empresa pertencia à pessoa que não figurava no seu quadro societário, enquanto os sócios declarados não possuíam meios ou capacidade de serem titulares do empreendimento.

Constatada a irregularidade, além de autuar a empresa em decorrência da omissão de receitas, entendeu presente a hipótese de sujeição passiva solidária em nome do proprietário oculto, Sr. René dos Santos Rocha de Pinho Filho (CPF 428.329.691-00), e aplicou multa qualificada de 150%, tendo em vista a falsidade das declarações apresentadas e o uso de interposta pessoa.

Inconformado com a pretensão fiscal, o contribuinte apresentou a peça impugnatória de fls. 480/524, requerendo a anulação total ou parcial dos lançamentos com base nos seguintes argumentos, assim resumidos: **(i)** ocorrência de bis in idem com o crédito tributário constituído pelo Auto de Infração nº. 10384.004885/2008-78; **(ii)** ausência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) no processo administrativo a ele referente; **(iii)** impossibilidade de a autoridade fiscal se utilizar diretamente das informações constantes do "Livro de Apuração de ICMS" para a determinação da receita bruta da empresa; **(iv)** invalidade da tributação da empresa pelas regras do Simples, por estarem configuradas situações que tornaram obrigatória a sua exclusão daquele regime especial, sujeitando-a, portanto, às normas gerais aplicáveis às demais pessoas jurídicas; **(v)** indevida adoção do regime de competência, já que a empresa é optante pelo regime de caixa; **(vi)** cabimento da redução dos percentuais do Simples, em relação aos fatos geradores relativos aos meses de março a dezembro, para alíquota global de 8,40% (0,78% [IRPJ], 1,20% [CSLL], 0,78% [PIS], 2,4% [COFINS] e 3,24% [INSS]); **(vii)** adoção, como base de cálculo dos créditos tributários constituídos, da receita efetivamente recebida, escriturada em seu Livro Caixa e comprovada pelos extratos bancários, mercê da sua opção pelo regime de caixa; **(viii)** não demonstração do "evidente intuito defraude", devendo a multa de ofício ser reduzida de 150 para 75%.

O responsável solidário René dos Santos Rocha de Pinho Filho impugnou os lançamentos tributários argumentando (fls. 611/662), em síntese, o que se segue: **(i)** violação ao seu direito à ampla defesa (CF/88, art. 5º, inc. LV), por não ter sido cientificado da realização dos depoimentos que embasaram a pretensão fiscal, não lhe sendo, por conseguinte, oportunizado se fazer presente naqueles decisivos atos; **(ii)** cerceamento do seu direito de defesa, por estar impossibilitado de exercer a contento o seu direito à prova, já que o Fisco não carrou aos autos os elementos necessários para permitir-lhe o controle da correção dos dados utilizados pela autoridade lançadora para o cálculo do crédito tributário; **(iii)** inconsistências dos alegados "indícios" constatados pela fiscalização para vinculá-lo a empresa autuada, bem assim da sua manifesta insuficiência para autorizar a grave imputação de utilização de pessoa interposta; **(iv)** impropriedade na aplicação do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN) à espécie, por não estar caracterizado, sob nenhuma circunstância, o seu "interesse comum" no fato gerador dos tributos lançados; **(v)** não demonstração do "evidente intuito de fraude", devendo a multa de ofício ser reduzida de 150 para 75%.

Em 29/05/2009, por meio do acórdão nº. 08-15.628 (fls. 699/708), a 3ª Turma da DRJ de Fortaleza considerou a impugnação procedente, em razão da existência de vício material nos lançamentos. Isso porque, verificado que a caracterização da interposição de pessoa remonta ao ano de 2003, anterior, portanto, aos fatos jurídicos tributários objeto dos lançamentos, que são de 2005, deveria a autoridade fiscal autuante ter excluído o contribuinte do Simples desde aquela data e não somente a partir de 01/01/2006, como foi feito. Assim, não poderia ser aplicado ao contribuinte o regime de tributação do Simples no ano-base de 2005, ante o preceito contido no inciso V do art. 15 da Lei nº. 9.317/96.

Como o presidente daquela turma recorreu de ofício ao CARF, o caso veio para análise nesta câmara. Na ocasião, conforme acórdão nº. 1042-00.397 (fls. 713/719), de 27/01/2011, esta câmara decidiu que a exclusão do Simples é feita de ofício quando constatada fraude por interposição de pessoas na composição societária de empresa e tem aplicação imediata em detrimento do contribuinte faltoso. No entanto, a falta de exclusão imediata beneficia o contribuinte e não poderia ser alegada por ele para solicitar a anulação do lançamento.

Noutras palavras, decidiu-se que não seria cabível a anulação do auto, sem que se fosse anulado o decreto de exclusão. Além disso, uma vez que o contribuinte não demonstrou ter renunciado ao Simples, nem demonstrou ter recolhido os tributos pela sistemática do lucro real, não teria interesse na alegação de erro de eleição do método, já que foi beneficiado pelo tratamento mais favorável.

Assim, considerando o provimento do recurso de ofício que afastou a nulidade do auto de infração, foi determinado o retorno dos autos à DRJ para que fossem examinadas as demais matérias contidas na impugnação.

Desse acórdão o contribuinte pessoa jurídica foi cientificado via Edital nº. 31/2011 (fls. 731), afixado em 23/05/2011 e o responsável solidário René dos Santos Rocha de Pinho Filho em 24/05/2011 (fl. 721). Nesse passo, em 30/05/2011, o responsável solidário apresentou tempestivamente Embargos de Declaração (fls. 724/735).

Tais Declaratórios (fls. 733/744) pleiteiam **(i)** a correção de suposto erro de fato, consistente na premissa equivocada de que teria partido o r. acórdão embargado, ao supor que o afastamento da tributação pelo Simples, no caso em análise, seria desvantajoso para o sujeito passivo; e **(ii)** seja sanada a suposta omissão, uma vez que o r. acórdão embargado não

se pronuncia sobre a disposição do art. 15, V, da Lei n. 9.317/96, tese central da decisão reformada (eficácia prospectiva/retroativa da exclusão do Simples).

A 3ª Turma da DRJ de Fortaleza, ao analisar novamente a impugnação, por meio do acórdão nº. 0823.922, de 16/08/2012, deu novamente provimento à defesa para declarar nulo o lançamento por vício material em razão da incorreta determinação da base de cálculo e alíquotas aplicáveis, uma vez que, em razão de haver se servido de interpostas pessoas, o contribuinte deveria ter sido excluído da sistemática do SIMPLES desde a sua constituição, aplicando-se ao lançamento o regramento estabelecido para as pessoas jurídicas em geral, conforme o caso (lucro real trimestral ou lucro arbitrado).

Dessa decisão, a DRJ apresenta novamente recurso de ofício a este CARF.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

Verifica-se nos autos a interposição tempestiva de embargos declaratórios contra o acórdão nº. 1042-00.397, proferido em 27/01/2011 por esta câmara que, contudo, não foi apreciado.

Por um lapso, estes autos retornaram à origem para que fosse proferida nova decisão pela DRJ de Fortaleza, conforme determinado no mencionado acórdão, sem que fosse notificado à este Conselho a interposição tempestiva dos embargos.

Por essa razão, não conheço o recurso de ofício interposto pela DRJ e declaro nulos todos os atos processuais posteriores à interposição dos embargos de declaração, aproveitando o ensejo, por razões de economia processual, para analisar as razões dos embargos declaratórios.

Ressalte-se, para logo, que conheço dos embargos de declaração, posto que tempestivos e apresentados por parte legítima. No entanto, no mérito, os embargos merecem ser rejeitados.

Ao contrário do referido pela Embargante, o acórdão embargado não padece de quaisquer dos defeitos relacionados no art. 65 do Regimento Interno do CARF.

Sustenta o embargante (fls. 733/744), em resumo, que **(i)** a correção de suposto erro de fato, consistente na premissa equivocada de que teria partido o acórdão embargado, ao supor que o afastamento da tributação pelo Simples, no caso em análise, seria desvantajoso para o sujeito passivo; e **(ii)** seja sanada a suposta omissão, uma vez que o r. acórdão embargado não se pronuncia sobre a disposição do art. 15, V, da Lei nº. 9.317/96, tese central da decisão reformada (eficácia prospectiva/retroativa da exclusão do Simples).

Sobre o primeiro ponto, afirma o embargante que:

13. Em uma palavra: concluiu-se que o contribuinte não teria interesse processual em ampliar os exercícios abrangidos pela

exclusão do regime especial pelo fato de a restrição desta lhe ser supostamente benéfica.

14. É aí que reside o erro de premissa.

15. Com efeito, ainda que, genericamente, a adoção daquele regime especial fosse, realmente, mais favorável ao contribuinte, no caso concreto ela, absolutamente, não é.

16. E a mais prova disso é a singela comparação entre os resultados do r. acórdão embargado e a decisão da DRJ/FOR: enquanto a tributação de acordo com as balizas do SIMPLES levou à manutenção do auto de infração (acórdão), o reconhecimento da inviabilidade da utilização da sistemática implicou a sua anulação (DM). Existiria benefício maior do que este?

17. E mais: se não bastasse o an debeat, a própria extensão do crédito tributário (= quantum debeat) seria substancialmente menor caso se afastasse a tributação pelo SIMPLES.

18. É que praticamente a metade do crédito constituído (= R\$922.012,90 versus R\$1.873.591,61) refere-se a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, que, por ter sido calculada com base na receita bruta, resultou em importância absurdamente maior do que a decorrente da utilização da base de cálculo genérica prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/91, já que, para que a permuta da matéria tributável não alterasse substancialmente o quantum debeat, a folha da empresa deveria ser de astronômicos R\$375.000,00/mensais (x 20% x 12 meses), o que, a toda evidência, não condiz com seu presumido porte.

O argumento não merece prosperar, visto que o próprio embargante afirma que “genericamente” a adoção do regime especial do Simples é mais favorável ao contribuinte do que às normas gerais aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Também não merece respaldo a afirmação de que no caso concreto poderia o embargante defender sua exclusão do Simples, posto que tal lhe seria benéfico, já que ensejaria a anulação do auto de infração, uma vez que - como foi dito e decidido no acórdão embargado - o contribuinte não demonstrou ter renunciado ao Simples para o exercício de 2005 e não demonstrou ter recolhido os valores de acordo com a sistemática do Lucro Real.

Considerando que para o período em questão a sistemática do Simples era aplicável ao contribuinte – já que não foi anulado o Decreto de exclusão – o auto de infração lavrado não poderá ser anulado pelo embargado sob o argumento de que é devida sua exclusão do Simples desde o exercício de 2003, utilizando sua própria torpeza para lesar o fisco federal.

Ademais, não pode a embargante afirmar que base de cálculo do lançamento seria menor caso fosse lavrado auto de infração pela sistemática do Lucro Real, em razão, unicamente, da exclusão das verbas previdenciárias.

Isso porque, a base de cálculo dos tributos devidos na sistemática do Lucro Real não é obtida a partir da mera exclusão das verbas previdenciárias. A base de cálculo dos tributos devidos na sistemática do Lucro Real é o lucro líquido do período de apuração, afetado diretamente pelas adições, exclusões e compensações autorizadas pela lei.

Com efeito, ainda que a base de cálculo apurada pela sistemática do Lucro Real se mostrasse inferior - o que não se pode afirmar com certeza -, as alíquotas aplicáveis para o cálculo dos valores devidos na apuração do Lucro Real seriam consideravelmente superiores às utilizadas para apuração dos valores devidos na sistemática do Simples, confirmando que ao embargante foi conferido o tratamento mais favorável.

Conclui-se portanto, que não há erro de fato a ser sanado.

De outro giro, afirma o embargante que haveria omissão a ser sanada, posto que o acórdão embargado não se pronunciou sobre a disposição do art. 15, V, da Lei nº. 9.317/96.

Não se verifica, nesse ponto, qualquer omissão a ser sanada já que, conforme exposto no acórdão embargado, não está em discussão nestes autos a exclusão do contribuinte do Simples.

Logo, a discussão de mérito relacionada às hipóteses de exclusão de ofício, se era efetivamente devida a exclusão do contribuinte e a partir de qual data, não deve ser objeto de discussão nos autos desse processo.

Tais embargos pretendem, em verdade, impugnar as conclusões do acórdão embargado e obter a reforma do entendimento nele consubstanciado, o que é defeso em sede de embargos de declaração.

Por tudo isso, encaminho meu voto no sentido de **(i)** declarar nulos todos os atos processuais posteriores à interposição dos embargos de declaração, **(ii)** conhecer os embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los; e **(iii)** determinar o retorno dos autos para nova apreciação pela DRJ, que deverá examinar novamente as matérias contidas na impugnação, com exceção da preliminar de nulidade do lançamento em razão da incorreta aplicação dos dispositivos relacionados à exclusão retroativa do contribuinte do Simples, matéria que já foi definitivamente julgada e afastada por este Conselho.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá