



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

Processo n° 10469.725077/2011-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1102-000.874 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria IRPJ - lucro da exploração
Recorrente GUARARAPES CONFECÇÕES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010

NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA. A ausência de análise de argumentos trazidos aos autos por meio de peça impugnatória implica nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa e contraditório.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DECLARAR a nulidade da decisão de primeira instância, para que outra seja proferida na boa e devida forma.

(assinado digitalmente)

JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOMÉ - Presidente.

(assinado digitalmente)

ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otavio Oppermann Thomé, Francisco Alexandre Dos Santos Linhares, Jose Evande Carvalho Araujo, Antonio Carlos Guidoni Filho, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Quarta Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Recife - PE assim ementado, *verbis*:

“NULIDADE. CERCEAMENTO.

Não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa quando os demonstrativos elaborados pela autoridade fiscal estão detalhados, assim como amparados em documentos e demonstrativos presentes nos autos, que permitem o perfeito entendimento dos resultados apurados.

GLOSA DE DEDUÇÃO DE ISENÇÃO/REDUÇÃO. RECEITAS DE VENDAS DE PRODUÇÃO COM INCENTIVO EM MONTANTE SUPERIOR À CAPACIDADE INCENTIVADA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Considera-se não impugnada matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo sujeito passivo.

GLOSA DE DEDUÇÃO DE ISENÇÃO/REDUÇÃO. RECEITAS DE ALUGUEL E LUVAS. RELEVÂNCIA. RELATIVIZAÇÃO DO ESTATUTO SOCIAL. RECEITA BRUTA.

Em que pese a atividade de locação de imóveis não constar expressamente como objeto do sujeito passivo em seu estatuto social, o teor deste deve ser relativizado diante da caracterização nos autos da relevância dessa atividade para o sujeito passivo. Há que se concluir que de fato a locação de imóveis faz parte do conjunto de atividades principais da empresa e, por conseguinte, integra a sua receita bruta.

GLOSA DE DEDUÇÃO DE ESTIMATIVAS NO AJUSTE. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. CONTENCIOSO INSTAURADO. CONFIRMAÇÃO PELA DRJ.

Não é passível de dedução no ajuste anual estimativa que tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que instaurado o contencioso, quando a DRJ já tiver se pronunciado pela confirmação da decisão da autoridade administrativa da unidade local.

GLOSA DE DEDUÇÃO DE ESTIMATIVAS NO AJUSTE. COMPROVAÇÃO PARCIAL.

Devido afastar a glosa da dedução da estimativa no ajuste anual para o ano-calendário em que o sujeito passivo carrou aos autos provas suficientes para indicar que a mesma foi efetivamente paga por recolhimentos via Darf, por deduções de

IRRF e por compensações (homologadas e/ou ainda pendentes de apreciação)

MULTA ISOLADA. INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. INAPLICÁVEL PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

É possível a aplicação conjunta de multa isolada sobre a falta de pagamento de estimativa e multa de ofício vinculada ao tributo devido que deixou de ser recolhido, vez que são sanções decorrentes de situações fáticas distintas, que geram obrigações também distintas e são determinadas a partir de bases de cálculo diferentes por definição.

Inaplicável o princípio da consunção.

COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO A MAIOR DE ESTIMATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Somente há possibilidade da compensação ser realizada por iniciativa da autoridade administrativa quando, antes de proceder à restituição ou ressarcimento de tributo em função de pleito de contribuinte, verificar a existência de débito em nome deste. Nas demais hipóteses compete ao sujeito passivo efetuar a compensação via apresentação de declaração de compensação.”

O caso foi assim relatado pela instância a quo, verbis:

“Tratam os autos de lançamentos de ofício de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e de multa isolada sobre a insuficiência de pagamento de estimativas mensais de IRPJ, consubstanciados no auto de infração às fl. 02 a 16, referentes aos anos-calendário 2006 a 2009, com crédito tributário total de R\$ 29.662.184,84, assim composto:

Imposto R\$ 12.563.318,40

Juros de Mora R\$ 4.140.800,51

Multa de Ofício (vinculada) R\$ 9.422.488,80

Multa Isolada R\$ 3.525.577,13

2. As infrações apuradas foram as seguintes:

2.1. dedução a maior no ajuste anual de valor relativo a isenção/redução do IRPJ para empresas instaladas na área da Sudene – lançamento de IRPJ – fatos geradores: 31/12/2006, 31/12/2007, 31/12/2008 e 31/12/2009;

2.2. dedução a maior no ajuste anual dos valores do imposto de renda mensal pago por estimativa – lançamento de IRPJ – fatos geradores: 31/12/2007 e 31/12/2009;

2.3. falta de pagamento do IRPJ incidente sobre base de cálculo estimada com base em balanços de suspensão ou redução – lançamento de multa isolada – fatos geradores mensais ocorridos entre 2006 e 2009;

3. Os fatos, constatações e descrições das infrações estão detalhados no Termo de Encerramento da Ação Fiscal às fl. 17 a 31, parte integrante do auto de infração, cujo teor é resumido a seguir:

3.1. é cediço que as receitas de operações alheias às atividades expressamente contempladas pelos atos concessivos não integram o lucro da exploração. Logo, no preenchimento da DIPJ, as receitas de aluguéis e luvas de imóveis (que não são incentivadas) devem ser informados na linha relativa a “Locação de Bens Móveis e Imóveis, para compor a receita líquida das atividades;

3.2. nos assentamentos contábeis da fiscalizada consta que foram auferidas receitas de atividades não incentivadas. Destas, as receitas de aluguéis de imóveis (Conta 73001), decorrentes de aluguel de imóvel à controlada Lojas Riachuelo S/A, e as receitas de direitos comerciais (conta 73010002), decorrentes de luvas sobre imóveis alugados à controlada Midway Shopping Center Ltda, não integraram a receita líquida total, tendo sido lançadas como “outras receitas operacionais” na apuração do lucro operacional;

3.3. as receitas decorrentes de luvas mencionadas acima recebidas em 2006 foram declaradas corretamente na linha 06 da Ficha 06A da DIPJ, como “Receita da Locação de Bens Móveis e Imóveis”, compondo a receita líquida total. Em relação aos imóveis locados à Midway, o sujeito passivo também recebeu valores a título de aluguel, que integraram corretamente a receita líquida total. Então, a fiscalizada, ora alocou as receitas de aluguéis e luvas à receita líquida total, ora às receitas operacionais;

3.4. o fato das receitas de atividade da empresa relatadas no parágrafo 3.1. acima, habituais e relevantes, terem sido consideradas como outras receitas operacionais, reduziu indevidamente o valor da receita líquida total. Isto não implicou em alteração do lucro líquido, mas acarretou uma apuração a maior do lucro da exploração das atividades incentivadas (Ficha 08 – Demonstração do Lucro da Exploração), aumentando o resultado do incentivo fiscal (Ficha 10 – Cálculo da Isenção e Redução do Imposto sobre o Lucro Real) e, por conseguinte, dedução a maior do que o devido do imposto devido no ajuste anual.

3.5. além disso, a fiscalizada auferiu receitas de venda de bens de sua produção, objeto de isenção e redução conforme atos concessivos, em montantes superiores às capacidades incentivadas. Estes excedentes não gozam dos benefícios de isenção/redução, devendo compor a receita líquida total do período. Como consequência disso, houve uma dedução a maior indevida a título de incentivo.

3.6. a apuração do lucro da exploração das atividades incentivadas foi feita com base na proporção que a receita líquida de cada atividade representa em relação à receita

líquida total, haja vista que a contabilidade da fiscalizada não oferecia condições para apuração do lucro por atividade. O contribuinte adotou também esta forma de apuração conforme se verifica nas DIPJ apresentadas;

3.7. essas duas infrações acarretaram a glosa de parte da dedução a título de isenção/redução no ajuste anual, bem assim a verificação de falta de pagamento do IRPJ mensal por estimativa, vez que interferiram nos resultados mensais estimados, razão pela qual foi exigida multa isolada de 50% sobre o valor não recolhido;

3.8. outra irregularidade foi verificada no preenchimento da linha 17 (“Imp. De Renda Mensal Pago por Estimativa”) da ficha 12ª das DIPJ referentes aos anos-calendário 2007 e 2009. Os valores deduzidos foram superiores aos apurados pela fiscalização, razão pela qual foi efetuada a glosa parcial de tais deduções.

4. Cientificado do auto de infração e do Termo de Encerramento da Ação Fiscal pessoalmente em 30 de junho de 2011, o sujeito passivo apresentou a impugnação às fl. 1196 a 1239 em 29 de julho de 2011, instruída com os documentos às fl. 1240 a 1406, onde discorreu o que segue:

4.1. em preliminar – nulidade decorrente da ausência de demonstração do cálculo da glosa das deduções supostamente a maior do IRPJ mensal pago por estimativa. Não há nos autos qualquer demonstrativo que explicita a origem dos valores incluídos na tabela de cálculo utilizada para a glosa (“apuração das estimativas mensais e da multa isolada”). O Auditor Fiscal limitou a asseverar que as informações teriam origem em Darf recolhidos, no Lalur, e nas DIPJ, DCTF e PER/Dcomp apresentadas. Com isso não é possível aferir o procedimento adotado para o cálculo, além do que a ausência de documentos que fundamentam a exigência enseja violação ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972. Isto é causa de nulidade do auto de infração, tendo em vista o desrespeito ao art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), assim como ao art. 5º, incisos II, LIV e LV, da Constituição Federal, por estar presente o cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios do devido processo legal, da legalidade e do contraditório. Embora a fiscalização aponte no auto de infração que os valores trazidos em suas planilhas baseiam-se em documentos apresentados pelo contribuinte e obtidos no sistema da Receita Federal, estes não foram trazidos aos autos do processo. Devido a nulidade na forma dos art. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972;

4.2. no mérito 4.2.1. fez um estudo quanto à natureza jurídica dos incentivos fiscais concedidos na região da Sudene, para concluir ao final que os incentivos possuem natureza jurídica de intervenções estatais sobre a ordem econômica para reduzir as desigualdades regionais, razão pela qual a interpretação da

norma deve ser feita à luz de todos os métodos de hermenêutica, com ênfase ao fim objetivado por esta.

4.2.2. fez um estudo quanto ao alcance do lucro de exploração, concluindo ao final, com base na Lei nº 4.293, de 1963, no Decreto-lei nº 1.598, de 1977, no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) e na IN SRF nº 267, de 2002, que os incentivos fiscais dos quais é beneficiárias devem observar o seguinte: (a) incidência sobre o lucro da exploração, que é o lucro líquido ajustado, correspondente aos resultados operacionais excluídos de parte das receitas financeiras e dos rendimentos e prejuízos das participações societárias; (b) no caso de pluralidade de estabelecimentos, alcança o lucro da exploração dos estabelecimentos instalados na área da atuação da Sudene; (c) nas hipóteses em que não é possível apurar, com clareza e exatidão, o lucro da exploração de cada um dos estabelecimentos com incentivos diferentes, deve-se calcular o lucro da exploração da pessoa jurídica como um todo e, após, verificar, percentualmente, quanto cada uma das atividades ou cada um dos estabelecimentos com incentivos fiscais diferentes representa em relação ao lucro da exploração total;

4.2.3. fez um estudo quanto ao alcance do lucro da exploração sob o enfoque da interpretação teleológica, para concluir ao final que, sob este prisma, de garantir uma maior eficácia ao objeto fundamental das isenções concedidas na região da Sudene, o conceito de lucro de exploração engloba outras receitas operacionais auferidas pela pessoa jurídica, à exceção daquelas excluídas expressamente, desde que referidos recursos, acessórios à atividade principal, sejam revertidos ao capital social da pessoa jurídica e, destarte, inteiramente destinados às atividades produtivas incentivadas;

4.2.4. as receitas de aluguéis e luvas, sendo operacionais, integram o lucro da exploração, conforme explicado a seguir:

4.2.4.1. os resultados operacionais dizem respeito à atividade normal, ordinária, da pessoa jurídica, correspondente ao seu objeto social (art. 11 do Decreto –lei nº 1.58, de 1977 e art. 277 do RIR/99). Nesse contexto se inserem as receitas de aluguel de bens, conforme opinião de José Luiz Bulhões Pedreira; 4.2.4.2. consoante Manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI, ao definir o conceito de “outras receitas e despesas operacionais, aduz “passam a ser reconhecidas como outras receitas e despesas operacionais os ganhos ou perdas que decorram de transações que não constituam as atividades ordinárias de uma entidade. Ou seja, o conceito de lucro operacional engloba os resultados das atividades principais e acessórias, e outras receitas e despesas operacionais são atividades acessórias do objeto da empresa”. Nesse sentido, e contrariamente ao esposado no auto de infração, a Receita Federal tem determinado aos contribuintes que classifiquem como receitas operacionais aquelas decorrentes de “aluguel de bens” (orientação de preenchimento da linha 30 da ficha 6A da

DIPJ/2006. Tal entendimento é corroborado por Gerd Willi Rothmann;

4.2.4.3. as luvas percebidas na locação de bens próprios à controlada Midway Shopping Center Ltda também gozam da mesma natureza jurídica de receita operacional. Estas compõem o preço do aluguel em imóveis comerciais instalados em shopping centers, como parcela de remuneração pela fruição do fundo de comércio estabelecido pelo empreendimento. Nesse sentido, decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), ao tratar do recurso de ofício nº 164.156.

4.2.5. reconheceu, no lucro da exploração, apenas os rendimentos operacionais produzidos em suas entidades produtivas incentivadas de Fortaleza e de Natal, procedimento legítimo ressaltado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal;

4.2.6. observou os critérios previstos no 3º do art. 549 do RIR/99 e no §4º do art. 62 da IN SRF nº 267, de 2002, razão pela qual o rateio previsto deve ser aplicado sobre o montante integral do lucro de exploração, aproveitando-se, para este fim, as demais receitas operacionais (acessórias), tais como aluguéis e luvas revertidos integralmente na atividade incentivada;

4.2.7. a par da nulidade argumentada em preliminar, entende que não houve violação do art. 231, II e IV, do RIR/99, ou seja, não ocorreu dedução a maior no ajuste anual dos valores do imposto de renda mensal pago por estimativa:

4.2.7.1. no tocante ao ano- calendário 2007, com base nos documentos carreados no anexo Doc 02 (Darf, Demonstrativo de retenção de IRRF e PER/Dcomp), houve um recolhimento total de R\$ 15.593.700,95, inclusive superior ao declarado;

4.2.7.2 quanto ao ano-calendário 2009, os documentos demonstram pagamento dos R\$ 13.693.461,08, superior ao declarado;

4.2.8. descabimento da multa isolada aplicada:

4.2.8.1. pela impossibilidade de cobrança cumulativa desta e da multa vinculada (bis in idem). Trouxe doutrina e jurisprudência do Carf, onde, entre outros argumentos, foi defendida a aplicação do princípio da consunção;

4.2.8.2. a autoridade fiscal desconsiderou que os recolhimentos a maior efetuados no período fiscalizado superam o montante que supostamente deixou de ser recolhido a título de IRPJ. Não houve ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 44, II, "b", da Lei nº 9.430, de 1996, uma vez que os valores recolhidos antecipadamente a maior ultrapassam o somatório que deixou de ser recolhido, garantindo, efetivamente, o fluxo de caixa do governo. Cita jurisprudência do Carf;

4.3. *protesta pelo deferimento de prova documental suplementar em virtude do princípio da verdade material e do disposto no art. 16, §4º, “a”, do Decreto nº 70.235, de 1972.*

5. *A Delegacia da Receita Federal em Natal (DRF/NAT) pronunciou-se pela tempestividade da impugnação, encaminhando os autos para julgamento por esta Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife (DRJ/REC), conforme despacho à fl. 1410.*

O acórdão recorrido **(a)** entendeu não impugnada a matéria relativa à não inclusão na linha “Receita Líquida das Demais Atividades” do montante das receitas de vendas de bens de produção do contribuinte, objeto de isenção e redução, que ultrapassou a capacidade incentivada; e **(b)** julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela Contribuinte pelos fundamentos sintetizados na ementa acima transcrita. Sobre o item (a) em referência, entendeu o acórdão, *verbis*:

Conforme detalhado no relatório que acompanha este voto, a glosa da dedução a maior no ajuste anual de valor relativo a isenção/redução decorreu da verificação de duas situações entendidas pela autoridade fiscal como caracterizadoras de infração:

8.1. *inclusão indevida de receitas auferidas a título de aluguel e luva em “outras receitas operacionais”, quando deveriam ter integrado a receita bruta do contribuinte e, por conseguinte, sua receita líquida total;*

8.2. *no demonstrativo do lucro da exploração da DIPJ, não foi incluído na linha “Receita Líquida das Demais Atividades” o montante das receitas de vendas de bens de produção do contribuinte, objeto de isenção e redução, que ultrapassou a capacidade incentivada, conforme tabela abaixo:*

(...)

Toda a argumentação carreada pelo sujeito passivo em sua impugnação preocupou-se tão somente com a primeira irregularidade apontada, não havendo, em momento algum, contestação expressa quanto à segunda infração acima tratada.

10. *Então, uma vez que o art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, estabelece que matéria não expressamente contestada deve ser considerada não impugnada, compete à unidade preparadora, nos termos do art. 21 da mesma norma, com redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, providenciar a formação de autos apartados para a imediata cobrança do imposto de renda e seus acessórios (juros de mora e multa de ofício vinculada). A parcela da multa exigida isoladamente decorrente desta infração não poderá ser objeto de cobrança, haja vista que o sujeito passivo atacou a possibilidade de exigência desta.”*

(...)

Em sede de recurso voluntário, a Contribuinte reproduz suas alegações de impugnação, especialmente no que se refere à **(i)** nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa, já que todas as matérias citadas no auto de infração teriam sido objeto de impugnação; e **(ii)** improcedência dos lançamentos, ante (a) correção dos procedimentos da Contribuinte na apuração do montante do lucro da exploração e benefício fiscal correspondente no período assinalado; **(b)** legalidade do procedimento adotado pela recorrente relativamente às receitas de aluguel; **(c)** inexistência de violação no caso ao art. 231, III e IV do RIR/99, **(d)** ilegitimidade da exigência de multa de ofício isolada concomitante com a multa de ofício aplicada no lançamento de IRPJ e **(v)** da ilegitimidade da incidência de juros sobre a multa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e interposto por parte legítima, pelo que dele tomo conhecimento.

Conforme se depreende do relatório supra, tratam os autos de lançamentos de IRPJ e reflexo (multa isolada por alegada ausência de recolhimento de estimativas) sob acusação de que: (a) teria ocorrido inclusão indevida de receitas auferidas a título de aluguel e luvas em “outras receitas operacionais”, quando, segundo a Fiscalização, deveriam ter integrado a receita bruta do contribuinte (relacionada a atividades não incentivadas); e (b) não teriam sido incluídas no demonstrativo do lucro da exploração da DIPJ, na linha “Receita Líquida das Demais Atividades” o montante das receitas de vendas de bens de produção do contribuinte, objeto de isenção e redução, que teria ultrapassado a capacidade incentivada.

Em exame à impugnação da Contribuinte, o acórdão recorrido considerou como não impugnada a matéria citada no item (b) acima (não inclusão no demonstrativo do lucro da exploração da DIPJ dos valores das receitas de bens de produção que teria ultrapassado a capacidade incentivada). Determinou-se, por conseguinte, “*nos termos do art. 21 do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, a formação de autos apartados para a imediata cobrança do IRPJ respectivo e seus acessórios (juros de mora e multa de ofício vinculada)*”. Ainda segundo o acórdão, “*o referido crédito tributário é definitivo, não havendo possibilidade de recurso ao Carf*”.

Em sede recursal, insurge-se a Contribuinte sob o fundamento de que o acórdão não teria considerado suas razões de defesa quanto à regularidade do procedimento contábil e fiscal adotado e consequente correção da apuração do lucro da exploração, do montante do benefício e do imposto recolhido. Veja-se, nesse sentido, trecho do recurso da Contribuinte, *verbis*:

“Em outras palavras, e tendo em vista os objetivos do incentivo concedido, minuciosamente explicitados nos tópicos posteriores, apontou-se, expressamente, que a restrição do incentivo fiscal não se refere ao local, ou mesmo à própria origem de rendimentos decorrentes, apenas, da atividade principal (incentivada), mas às receitas operacionais dos estabelecimentos instalados e que operam na área de atuação da SUDENE, revertendo-se o proveito econômico dos incentivos em prol dos estabelecimentos e atividades incentivadas.

O entendimento, ora reiterado e melhor explicitado a seguir, pode ser extraído de diversos trechos da peça impugnatória, entre os quais, a título exemplificativo, destacam-se os itens III.2 e III.3, além das letras “B” e “C” do item III.4 da defesa. Na realidade, a essência do entendimento esposado implica, necessariamente, o reconhecimento da regularidade do procedimento em relação à fruição do benefício concernente à

produção acima da capacidade instalada quando deferido o incentivo fiscal.

Note-se que o procedimento da Recorrente, adotado em estrita observância do quanto disposto no art. 549 e parágrafos do RIR/99 (“B” e “C” do item III.4 da impugnação) não limita a isenção à capacidade instalada/incentivada, determinando, de outra sorte, que a isenção estaria limitada à proporção entre as receitas líquidas das atividades incentivadas, sem qualquer menção à capacidade instalada, e as demais receitas líquidas de vendas (art. 62, §4º, da IN 267/2002 c/c art. 549, §3º, do RIR/99). O incentivo, assim, como demonstrado, abrange a atividade em si mesma, bem como demais rendimentos considerados operacionais (lucro da exploração), e não à capacidade de produção existente no momento de deferimento do benefício fiscal.

Com fulcro nos pontos ora mencionados, não restam dúvidas de que a matéria relativa à limitação dos benefícios em relação à capacidade incentivada foram devidamente rebatidos, na medida em que houve expressa manifestação do contribuinte quanto à aplicabilidade da isenção em relação aos valores componentes do lucro de exploração, bem como do condicionamento de sua fruição à aplicação dos benefícios em prol de estabelecimentos situados na região da SUDENE, cuja atividade principal seja aquela incentivada.

Além disso, o próprio pedido inserido na impugnação afasta qualquer dúvida que porventura remanescesse acerca da impugnação integral de todos os tópicos do auto de infração, ao se requerer, ao final, “o acolhimento da presente defesa, anulando-se, destarte o presente auto de infração” (item 150 da impugnação).

Por força de todo o exposto, (...), verifica-se, de forma irrefutável, o cerceamento de defesa na hipótese (...),”

Com razão a Contribuinte.

Os arts. 16 e 17 do Decreto n. 70.235/72 devem ser interpretados com temperamento em decorrência dos demais princípios que informam o processo administrativo fiscal, especialmente instrumentalidade das formas e formalismo moderado. O controle da legalidade do ato de lançamento e a busca da “verdade material” alçada como princípio pela jurisprudência dessa Corte impõem flexibilidade na interpretação de regras relativas à cognição e instrução da causa, tanto no tocante à iniciativa quanto ao momento da produção da prova.

No caso, se por um lado se compreende o entendimento do acórdão recorrido no sentido de que não haveria controvérsia sobre o item relativo à não inclusão no demonstrativo no lucro na exploração dos valores de receitas que teriam superado a capacidade instalada da Contribuinte (ante a ausência de capítulo específico sobre a matéria), por outro lado não é possível negar à Contribuinte o direito de ver a matéria em referência examinada considerada a assertiva de que (a) defende incondicionalmente os procedimentos contábeis e fiscais adotados e a apuração do benefício e dos tributos recolhidos (cf. nos itens II.2, III.3, III.4, B e III.4.C da impugnação); e (b) requer ao final o cancelamento integral do auto de

infração. De fato, depreende-se da leitura da peça impugnatória que a Contribuinte sustenta reiteradamente que observa a legislação para apuração do lucro de exploração e o benefício fiscal correspondente, notadamente o art. 549 do RIR/99 e o art. 62 da IN 267/2002.

Conforme jurisprudência pacífica dessa Corte, a ausência de exame pelo Julgador a quo de questões jurídicas e/ou documentos que tenham relação com os lançamentos acarreta a nulidade do ato decisório respectivo, por cerceamento do direito de defesa e contraditório. Veja-se, nesse sentido, ementa de acórdão proferido pela 2a. Turma da 3a. Câmara (Acórdão 1302-00.668), *verbis*:

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ALEGAÇÕES E DOCUMENTOS TRAZIDOS POR MEIO DE PEÇA IMPUGNATÓRIA. ANÁLISE. AUSÊNCIA. NULIDADE. A ausência de análise de argumentos e documentos trazidos aos autos por meio de interposição de peça impugnatória implica nulidade da decisão exarada, eis que presentes circunstâncias reveladoras de cerceamento do direito de defesa. (CARF 1a. Seção / 2a. Turma da 3a. Câmara / ACÓRDÃO 1302-00.668 em 03/08/2011)

No mesmo sentido:

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE Caracterizada a preterição do direito de defesa pela decisão de primeira instância que ignorou a ausência nos autos de elemento de prova essencial para o desfecho da lide, comprovadamente apresentado pelo contribuinte durante a ação fiscal, deve ser declarada a nulidade da decisão para que sanado o vício e proferida nova decisão. (CARF 2a. Seção / 1a. Turma da 2a. Câmara / ACÓRDÃO 2201-00.777 em 29/07/2010)

Por tais fundamentos, oriento voto no sentido de conhecer do recurso voluntário interposto pela Contribuinte para acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida suscitada e, conseqüentemente, declarar a nulidade da decisão de primeiro grau para que outra seja proferida na boa e devida forma, restando prejudicadas as demais questões de mérito versadas no recurso.

(assinado digitalmente)

ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO