



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

Processo nº 11065.000011/2009-06
Recurso nº 513093 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.569 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de agosto de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - SIMPLES
Recorrente DIMAFER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. - É nula a decisão de turma julgadora que não enfrenta argumento de defesa que põe em cheque o lançamento efetuado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão recorrida, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.


CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - Relator.

EDITADO EM: 13/09/2011

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente da turma), Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (Vice-Presidente), e Sergio Luiz Bezerra Presta.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão que considerou improcedente impugnação em razão de auto de infração.

Em 08/01/2009, é lavrado auto de infração (proc. fls. 497 a 566). O relatório da ação fiscal descreve a auditoria (proc. fls. 483 a 496). Diz que foi constatado que o fornecedor da empresa indicava na sua DIPJ ter efetuado vendas para a empresa de mais de R\$ 2.000.000,00, enquanto ela declarava uma receita bruta de R\$ 142.300,09. Explica que, em razão disso, buscou junto ao fornecedor, Cimento Rio Branco – Votoran, detalhamento das vendas efetuadas para a ora autuada. Esclarece que a fornecedora listou todas as notas fiscais de venda, indicando data da venda, valor e data de pagamento. Afirma que a solicitou e o fornecedor apresentou algumas dessas notas fiscais e também esclareceu que os pagamento eram feitos via boleto no Banco do Brasil.

O fiscal também diz que o livro razão da autuada indicava apenas 66 notas fiscais de compras no ano de 2005, sendo 58 da Cimento Rio Branco. O auditor apresenta planilha indicando o total mensal de compras da Cimento Rio Branco, conforme a contabilidade da autuada. Informa que intimou a empresa a comprovar a origem dos recursos utilizados na aquisição dos produtos, tendo obtido a seguinte resposta:

Venho por meio desta dizer que a origem dos recursos utilizados para aquisição dos produtos é da própria Cimento Rio Branco. Meu cunhado Dirceu Rosa Flores, CPF 133 562 400-72, compra cimento direto da fábrica em Esteio e sai vendendo para diversas pessoas. Ele faz isto porque é muito conhecido na Votaram. Ele sempre trabalhou com cimento quase 24 anos. Ele tinha um comércio que só vendia cimento e quebrou por isto ele usa o CGC da minha firma. Ele compra o cimento com prazo de 7 dias. Então ele as vezes se obriga a vender com preço muito baixo para pagar a fábrica. Ele paga em dinheiro as duplicatas direto no Banco, inclusive o irmão dele Gelson Rosa Flores é meu sócio

A fiscalização explica que efetuou diligência em alguns clientes da autuada. Apresenta tabela comparando valores e quantidades das notas fiscais existentes nestes clientes e as vias dessas notas contabilizadas pelo contribuinte. Diz que constatou que as vias dos clientes apresentavam maiores quantidades de produtos vendidos, caracterizando que o contribuinte calçava as notas. Após comparar as vias do cliente com as vias do contribuinte, para dezenas de notas, constata que as vias do contribuinte registravam sempre 10% das quantidades e valores vendidos (salvo uma que registrava 5%).

Em razão desses fato o fiscal diz que considerou como receita omitida a diferença entre as vendas informadas pela Cimento Rio Branco SA e os valores constantes dos livros de entrada da autuada referente a este fornecedor. Diz que a multa cabível é a de 150%, pelo evidente intuito de fraude demonstrado pela constatação de calçamento de nota na totalidade da amostra examinada. Também, diz que em razão do novo faturamento da empresa,



constatou que os recolhimentos da empresa no que tange às receitas declaradas precisava ser recalculado, sendo que neste caso a multa aplicável é de 75%.

O fiscal explica a aplicação da multa por sonegação com as seguintes palavras:

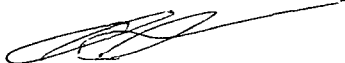
a) a empresa adquiriu de Cimento Rio Branco S.A grande quantidade de produtos (cimento), cujas notas fiscais não foram registradas em sua contabilidade;

b) em um momento posterior, para ocultar o cimento não contabilizado, efetuou a venda destes a terceiros, pessoas físicas e jurídicas, o qual comprovamos, através de diligências, que a Dimafer utilizou o expediente de "notas calçadas" — onde o valor declarado na 3ª via da nota fiscal representa, no máximo, 10% (dez por cento) do constante da 1ª via da nota fiscal (em poder dos clientes).

*Considerando que a infração descrita no item 5.1 foi prática arquitetada visando impedir que o Fisco tomasse conhecimento dos fatos geradores ocorridos, revelando-se tal fato em **EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE**, consideramos tipificada a hipótese do inciso "II", do artigo 44 da Lei 9430/96, já citado, e aplicamos a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento).*

Em 12/01/2009, o contribuinte é cientificado (proc. fl. 566). Em 09/02/2009, apresenta sua impugnação (proc. fls. 568 a 578). Resume a autuação com as seguintes palavras: “Com base em notas de venda de mercadorias efetuadas pela empresa CIMENTO RIO BRANCO S.A. à Fiscalizada, cuja origem dos recursos para aquisição foi considerada “não-declarada”, a Fiscalização Fazendária reconheceu a existência de receita bruta (faturamento) não declarada no valor de R\$ 2.614.400,26 ao longo do exercício de 2005”. Adiciona que, depois de quantificada a omissão de receitas, o fiscal calculou os tributos com base na sistemática do Simples. Afirma que, mesmo sem entrar no mérito da infração imputada, existe erro do fiscal, pois conforme o inciso V, do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, deveria ter sido excluído do Simples a partir do momento em que fosse constatada a prática reiterada de infração à legislação tributária. Explica que se as infrações iniciaram em janeiro de 2005, o fiscal deveria ter apurado os tributos fora da sistemática do Simples desde o início de 2005. Sustenta que a autoridade fiscal deveria ter feito a exclusão e cobrado os tributos conforme as regras normais de tributação, que no caso aponta para o regime do lucro arbitrado, no que tange a receita omitida, e lucro presumido, no que tange a receita declarada. Conclui que em razão destes erro o lançamento é nulo.

Em 09/09/2009, a 4ª Turma da DRJ em Porto Alegre indefere a preliminar de nulidade e nega provimento à impugnação (proc. fls. 609 a 617). Diz que, de acordo com a legislação, o auto não é nulo. Defende que é razoável que a fiscalização entenda que não é o caso de considerar haver prática reiterada de infração a legislação, já que a fiscalização limitou-se ao ano de 2005. Afirma que não cabe a DRJ determinar em que momento haveria a prática reiterada. Alega que a exclusão por excesso de receita opera seus efeitos a partir do ano seguinte àquele em que o limite foi ultrapassado e, portanto, no caso presente, a exclusão só ocorreria em 2006. Informa que o contribuinte não questionou na sua defesa a ocorrência de omissão de receitas. Diz que a apuração feita pelo fiscal da insuficiência de recolhimentos,



referentes às receitas declaradas, em razão da mudança de alíquota está correta. Diz que a impugnação não questiona a multa de 150%.

Em 24/09/2009, o contribuinte é cientificado (proc. fl. 625). Em 20/10/2009, apresenta seu recurso voluntário (proc. fls. 626 a 638). Alega cerceamento de defesa e negativa de jurisdição. Diz que a DRJ não poderia se furtar a analisar o conceito de prática reiterada de infração, a fim de poder decidir se a argumentação da impugnação era ou não procedente. Retrata a posição da DRJ com a seguinte transcrição do voto condutor do acórdão:

"O fato de a contribuinte ter-se utilizado do expediente de "nota calçada", ensejou o lançamento da multa qualificada de 150% e a formalização do Processo nº 11065.000012/2009-42 de Representação Fiscal para Fins Penais, a fiscalização não entendeu que caberia a exclusão do Simples por prática reitera por somente um período, o do ano de 2005.

Não havendo Ato Declaratório de Exclusão, não existe litígio a ser solucionado, não cabe à Delegacia de Julgamento inovar, nem analisar qual o período que se aplicaria a "prática reitera" se não for em litígio, amparado pelo Processo Administrativo Fiscal, regulado pelo Decreto n.º 70.235/1972, e suas alterações, definindo qual o mês de ocorrência da 'prática reiterada de infração à legislação tributária', inciso V, do art. 14 da Lei 9.317/1996, para definir os seus efeitos conforme o inciso V do art. 15 da mesma Lei, Portanto, no nosso entendimento, imprópria esta análise e alegação da contribuinte."

O contribuinte argumenta que “como se pode verificar, a Autoridade Julgadora furtou-se à análise da alegação de nulidade do lançamento por inobservância da exclusão legalmente determinada. O fundamento para a negativa de apreciação desafia a própria natureza do instituto da impugnação, pois esta se presta justamente para trazer o litígio ao PAF, nos termos do artigo 14 do Decreto n.º 70.235/1972...”. O contribuinte segue argumentando que “da mesma forma, sustentar a necessidade de Ato Declaratório de Exclusão para excluir seu dever de julgamento não se coaduna com a lógica do procedimento. Se a exclusão é devida, como defende a contribuinte, deveria o Agente Fiscal, antes do lançamento, ter tomado todas as medidas administrativas necessária para a exclusão do SIMPLES, para só então efetuar o lançamento. Portanto, a correção ou a incorreção do procedimento adotado pode e deve ser objeto de análise pela Delegacia de Julgamento”. Conclui que “considerações, resta claro que não poderia a Delegacia de Julgamento de Porto Alegre ter deixado de julgar o ato apontado como indevido nas razões de impugnação, pois configurou negativa de jurisdição administrativa”. No mais, o contribuinte repete os argumentos já apresentados na impugnação.



Voto

Conselheiro CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO,

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento. Cabe, inicialmente, definir os contornos da lide.

Como bem destacado pela turma julgadora, o contribuinte não discute a acusação de omissão de receitas e muito menos a aplicação da multa por sonegação. De fato, desde a impugnação, sua defesa concentra-se em afirmar que, conforme o inciso V, do art. 14 da lei nº 9.317, de 1996, ele deveria ter sido excluído do Simples, ao invés de ter sido lançado com base no Simples. Complementarmente, a defesa alega que, caso fosse excluído, a quantificação deveria seguir as regras do lucro arbitrado e do lucro presumido. Assim, há pouca matéria submetida ao julgamento administrativo e os limites da lide são claros.

Por outro lado, no recurso voluntário o contribuinte apresenta um novo argumento. Diz que a decisão da turma julgadora da DRJ é nula porque não examinou a procedência de seu argumento de defesa.

Sendo esta uma questão preliminar, é preciso o seu exame.

Conforme consta do voto condutor do acórdão da DRJ, na passagem transcrita pelo contribuinte, a DRJ presumiu que o fiscal teria achado que não era o caso de excluir do Simples por prática reiterada de infração, pois ele teria considerado que a existência da infração ao longo de 1 ano não era o suficiente para qualificá-la como reiterada. Também, fica claro que a DRJ se escusa de examinar o conceito de “prática reiterada de infração”, chegando a afirmar que só o faria se tal matéria constasse de litígio.

Quanto à especulação feita pela DRJ sobre as razões pelas quais supunha que o fiscal tivesse deixado de excluir do Simples, cabe frisar que ela só teria alguma pertinência na medida em que fosse apresentada para ilustrar que o fiscal tinha liberdade de interpretação do dispositivo e que poderia aplicá-lo ou não, conforme seu juízo, ou mesmo para concordar com o acerto da suposição. De modo algum a DRJ poderia pretender substituir o fiscal na sua fundamentação e se o fizesse isso não produziria efeitos, e não parece que o tenha pretendido e nem o tenha feito.

Enfim, a especulação feita pela DRJ apenas teria razão de ser se fosse para confirmar a possibilidade do fiscal não aplicar a exclusão. No entanto, a DRJ não desenvolveu tal argumento e chegou a se negar a analisar tal possibilidade.

De outra banda, é importante destacar que não seria necessário que o fiscal tivesse se manifestado sobre a pertinência ou não da aplicação do inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996. Afinal, o fato de não ter se manifestado sobre o dispositivo deixa implícito que entendeu não ser aplicável e isso é suficiente.

Quanto a este ponto, vale lembrar que não é preciso que a autoridade administrativa manifeste-se sobre a legislação que deixa de aplicar. O que se exige é que se manifeste sobre a legislação que aplica. Deste modo, não há vício no lançamento pelo fato do fiscal não ter analisado e não ter se manifestado expressamente sobre a possibilidade de exclusão do Simples por prática reiterada de infração.

Assim, o ponto crucial na decisão da DRJ é que ela não poderia se escusar de examinar a alegação da defesa e deveria ter expresso o seu entendimento sobre o conceito de “prática reiterada de infração”, ou sobre a liberdade de interpretação do fiscal autuante, ou sobre a aplicação ou não da exclusão. Ao deixar de se manifestar sobre esta questão, sem qualquer justificativa razoável, a DRJ deixou de enfrentar argumento de defesa que é fundamental para avaliar a pertinência do lançamento. Isso porque, caso se entenda que o dispositivo de exclusão devesse incidir, não caberia a apuração dos tributos com base no Simples, mas sim em outro regime de tributação.

Portanto, no caso em concreto, não se trata de simples argumentação de defesa que se pudesse passar ao largo, por existir outras razões de decidir. Esse argumento da defesa precisava e precisa ser enfrentado. Nem que seja por meio de simples afirmação do conceito de “prática reiterada de infração”, ou sobre a liberdade do fiscal em determinar a aplicação ou não deste dispositivo, ou de expressa manifestação do julgador sobre a incidência ou não do dispositivo aventado ou qualquer outra manifestação que enfrente o argumento de defesa e explique o posicionamento da DRJ a respeito deste ponto da lide.

Ao não se posicionar sobre esta questão, a DRJ deixou de fundamentar a sua decisão. Deixou de dizer a razão pela qual entendia que as alegações do contribuinte não tinham o condão de infirmar os fundamentos da autuação. Com isso, torna impossível o recurso do contribuinte, que não pode contraditar o que não foi posto, e limita o direito de defesa.

O art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, estabelece que:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta

Dessarte, conforme o inciso II, a decisão da turma julgadora da DRJ é nula.

Por estas razões, voto por dar provimento à preliminar de nulidade da decisão da turma julgadora, para que ela refaça o julgamento.



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO