

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

Processo nº 11080.002570/2004-40
Recurso nº 147.146 Voluntário
Acórdão nº 1402-00.094 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2010
Matéria IRPJ e OUTROS - ANOS-CALENDÁRIO: 1998 a 2002
Recorrente OPINIÃO TEATRO BAR LTDA.
Recorrida 5ª TURMA/DRJ PORTO ALEGRE/RS

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - EXCLUSÃO DO SIMPLES – PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA – LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Não se pode apreciar a exclusão do Simples, motivada na reiteração de infração à legislação tributária, sem que concomitantemente se julgue a questão da infração à legislação tributária que se dá com o lançamento de ofício, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Tendo em vista que o prazo para interposição da impugnação relativa ao lançamento de ofício venceu após o prazo previsto para a apresentação da manifestação de inconformidade quanto à exclusão do Simples, e que o julgamento de primeira instância da impugnação ao lançamento de ofício se deu posteriormente ao julgamento da manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples, e considerando o disposto no art. 59 do Decreto 70.235/72, devem ser anuladas as decisões de primeira instância para que seja realizado julgamento conjunto da impugnação relativa ao lançamento de ofício e da manifestação de inconformidade relativa à exclusão do simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em anular as decisões de primeira instância e determinar o retorno dos autos à Unidade de origem para que a contribuinte, no prazo de 30 dias, possa apresentar razões adicionais à discussão sobre a exclusão do Simples e posterior encaminhamento DRJ para que outra decisão seja proferida, com a apreciação conjunta da impugnação relativa ao lançamento de ofício e da manifestação de inconformidade relativa à exclusão do simples e razões adicionais, caso apresentadas, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA – Presidente e Relatora

EDITADO EM:

10 MAR 2010

Participaram da presente sessão de julgamento, os Conselheiros Albertina Silva Santos de Lima, Antônio Bezerra Neto, Marcos Shigueo Takata, Carmen Ferreira da Silva, Carlos Pelá e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

I – DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da 5ª Turma Julgadora da DRJ em Porto Alegre que considerou o lançamento procedente.

O presente processo refere-se a auto de infração, que resultou na exigência do IRPJ (lucro arbitrado) dos fatos geradores ocorridos de 03/97 a 06/2001 e contribuições decorrentes (CSLL, PIS, COFINS), em razão de depósitos bancários de origem não comprovada e omissão de receitas de prestação de serviços. Foi aplicada a multa de 150%. A ciência do auto de infração foi dada a 30.11.2004.

Houve arbitramento do lucro. Para o período de 03/97 e 03/98, o arbitramento se deu em razão de a contribuinte não ter apresentado os livros e documentos de sua escrituração, com enquadramento no art. 47, inciso II, da Lei 8.981/95. Para o período de 06/97 a 12/97 e de 06/98 a 06/2001, o arbitramento se deu em razão da escrituração mantida pela contribuinte ser imprestável para determinação do Lucro Real, com enquadramento no art. 47, inciso II, da Lei 8.981/95, e art. 530, inciso II, do RIR/99.

Compõem a base de cálculo do arbitramento:

a) A omissão de receita por depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada. Enquadramento legal: arts. 16 e 24, parágrafo 1º, da Lei 9.249/95; art. 27, inciso I, da Lei 9.430/96 e, arts. 532 e 537 do RIR/99. Ao valor da base de cálculo foi aplicado 38,4% para a obtenção do lucro arbitrado.

b) A omissão de receita de prestação de serviços. Enquadramento legal: arts. 27, inciso I, e 42 da Lei 9.430/96 e arts. 532 e 537 do RIR/99. Somente fatos geradores ocorridos em 03/98, 03/2001 e 06/2001.

c) A receita de revenda de mercadorias e de prestação de serviços gerais. Enquadramento legal: art. 16 da Lei 9.249/95; art. 27, inciso I, da Lei 9.430/96 e art. 532 do RIR/99;

Do tributo apurado foi deduzido o imposto declarado e de 12/98 a 06/2001, também foram deduzidos como valores a compensar, valores declarados em DCTF pela LF Produtora.

O Relatório da Atividade Fiscal constitui o doc. de fls 618/681.

Consta no relatório da atividade fiscal, de fls. 601, que em virtude dos atos praticados pelos sócios-gerentes da recorrente e da LF Produtora serem caracterizados como infração à lei, Alexandre Lopes e Cláudio Fávero são ainda responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído por meio dos autos de infração, nos termos do inciso III do art. 135 do CTN.



A ciência da decisão de primeira instância à autuada se deu em 27.05.2005 e o recurso foi apresentado em 24.06.2005.

No recurso, entre outros argumentos de nulidade, decadência e de mérito, a contribuinte requer seja afastada a responsabilidade solidária dos sócio-gerentes nos termos do inciso III do art. 135 do CTN.

No item 5.7 do Relatório Fiscal consta que devido à prática reiterada de infração à legislação tributária, a empresa foi excluída do SIMPLES, pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA, nº 65, de 05.11.2004, com efeitos a partir de 01.01.97 (cópia às fls. 529), cujo processo administrativo foi protocolizado sob nº 11080.002574/2004-28.

Este processo foi incluído em pauta na sessão de julgamento de dezembro de 2006 e foi retirado de pauta em razão de haver processo de exclusão do Simples em julgamento no 3º Conselho de Contribuintes que havia determinado a realização de diligência.

Com a justificativa de haver conexão entre ambos processos, o julgamento deste recurso ficou sobrestado até que o julgamento do recurso relativo à exclusão do Simples ocorresse.

A DRF em Porto Alegre percebendo a conexão entre os mesmos juntou ao presente o processo de exclusão do Simples e atualmente a competência para julgamento de recursos relativos a exclusão do Simples é da Primeira Seção do CARF.

II – DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

O processo 11080.002574/2004-28 foi juntado a este, por apensação, conforme se verifica no despacho de fls. 1012, de 22.05.2009 do respectivo processo.

A exclusão do Simples, com efeitos a partir de janeiro de 1997 foi motivada com base em representação fiscal. Consta na mesma que no decorrer dos trabalhos de fiscalização levados a efeito junto aos contribuintes OPINIÃO TEATRO E BAR, LF PRODUTORA – PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA, CLÁUDIO AUGUSTO FAVERO E ALEXANDRE ANTÔNIO LOPES, foram constatados fatos que culminaram por configurar a prática reiterada de infração à legislação tributária por parte do OPINIÃO TEATRO E BAR. Acrescenta que foi constatado omissão sistemática de receitas nos anos de 1997 a 2001, decorrente da atividade de prestação de serviços, bem como caracterizada por depósitos bancários sem comprovação da origem, através da utilização dos mais diversos artifícios fraudulentos.

Após o AFRF expor todas as razões, que são as mesmas do processo principal, conclui, que tendo em conta a prática reiterada de infrações à legislação tributária, caracterizada pela omissão sistemática de receitas durante o período de janeiro de 1997 a junho de 2001, bem como pela manutenção de escrituração contábil fraudulenta e da utilização dos mais ardilosos artifícios com o intuito de suprimir ou reduzir tributos, estaria configurada a hipótese de exclusão apontada no inciso V do art. 14 da Lei 9.317/96, com efeitos a partir de janeiro de 1997 (data da opção pelo regime feita pelo BAR OPINIÃO), conforme preceitua o inciso I do art. 15 da Lei 9.317/96.

Acrescenta que além disso, em todos os anos-calendário fiscalizados (1997 a 2001), a receita bruta do BAR OPINIÃO, contabilizada e a omitida, foi superior ao limite de R\$ 1.200.000,00, previsto pelo inciso II, do art. 2º da Lei 9.317/96 (alterado pelo art. 3º da Lei 9.732/98), o que ensejaria a exclusão do BAR OPINIÃO do SIMPLES, com efeitos a partir de 98, em face do disposto no inciso II, do art. 15 desse diploma legal.

Destaca que embora o BAR OPINIÃO seja optante pelo SIMPLES desde janeiro de 1997, apresentou DIPJ com opção pelo regime do Lucro Presumido nos anos de 1997 a 2000, tendo apresentado DIPJ simplificada tão somente no ano-calendário de 2001. Assim, a exclusão do BAR OPINIÃO do SIMPLES somente seria relevante, para fins de apuração do crédito tributário objeto da presente ação fiscal, no que diz respeito ao ano-calendário de 2001.

Consta na Representação ainda que: “as remissões constantes nesta Representação Fiscal referem-se a documentos integrantes do processo administrativo nº 11080.002574/2004-28, que se encontra à disposição para consulta por parte do contribuinte na Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre – RS”.

Foi dada ciência do AD e da Notificação em 11.11.2004.

O Ato Declaratório encontra-se à fl. 965 do processo 11080.002574/2004-28, a notificação foi expedida em 09.11.2004 e foi cientificada à contribuinte em 11.11.2004. A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade com o argumento de que não haveria qualquer motivação a justificar tal atitude, e que o ato administrativo da exclusão não expõe de forma minuciosa a razão da referida exclusão, somente fazendo menção a artigo de Lei.

Acrescentou que os efeitos da exclusão, se legalmente amparada, só poderiam alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, por força do sobreprincípio constitucional da segurança jurídica (garantia individual da irretroatividade das normas) e das disposições expressas no CTN, em seus artigos 103, I, e 146.

A DRJ indeferiu a solicitação da contribuinte, porque a notificação e o Ato Declaratório expedidos cumpriram o papel de informar à empresa (i) a existência do procedimento administrativo de exclusão do Simples (ii) a emissão do ato de exclusão e (3) possibilidade de defesa. Acrescentou que a minuciosa descrição dos fatos, bem como dos documentos que ampararam a decisão constam do processo administrativo correspondente – referido no Ato Declaratório e na notificação à empresa – e que ficou à disposição para consulta durante o prazo de interposição da manifestação de inconformidade. Registrou que opcionalmente poderia o contribuinte, inclusive, ter solicitado cópia integral do processo.

A ciência da decisão se deu em 25.05.2005. Em 24.06.2005, a contribuinte apresentou recurso voluntário.

Argumenta a recorrente que, para que a administração não agisse arbitrariamente, deveria, em primeiro lugar, ter notificado pessoalmente a recorrente, antes de sua exclusão do Simples, que considera arbitrária. Posteriormente, e uma vez oportunizada a apresentação de ampla defesa é que em julgamento público, com ciência aos interessados, poderia ser imposta a sanção, por meio de decisão recorrível.

Entende que o ato administrativo nasceu maculado com a eiva de nulidade e da ineficácia absoluta, porque não lhe foi oportunizada o direito à ampla defesa e ao contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), o que teria contaminado a decisão que compartilha com a arbitrariedade do Ato Declaratório, que não garantiu ao contribuinte o direito de defesa; ou seja, a recorrente foi punida antes da instauração de processo administrativo, sem direito do exercício da ampla defesa.



Cita jurisprudência judicial e do Conselho de Contribuintes (302-36083 e 301-31278) e alega que desprezadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, assim como, o disposto no art. 15, § 3º, da Lei 9.317/96, com as alterações da Lei 9.732/98, seria imperativo anular o procedimento administrativo.

Argumenta também a falta de motivação da decisão, por não descrever a suposta prática reiterada de infrações à legislação tributária que teria cometido a recorrente; que ao ser lida a singela decisão não se conclui qual foi a prática de infrações cometida, ou seja, não foi evidenciada as razões concretas da arbitrária condenação, totalmente genérica.

Diz que incorreu em grave erro, a decisão, por entender dispensável a fundamentação do julgado que exclui a recorrente do Simples.

Argumenta que são nulas de pleno direito as decisões que deixaram de ser motivadas. Pede a anulação da decisão, em face de ausência de fundamentação do julgado.

Alega ainda que os efeitos da exclusão, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, por força do princípio constitucional da segurança jurídica, consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas e das disposições expressas do CTN, em seus artigos 103, I, e 146.

Pede a anulação da decisão por violação ao art. 5º, LIV e LV e 92, IX e X da CF, e que seja afastada a irretroatividade da exclusão.

Voto

Conselheira, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Relatora

Estão em julgamento dois recursos voluntários que atendem às condições de admissibilidade e devem ser conhecidos.

O primeiro foi interposto contra decisão de primeira instância que manteve o lançamento do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, dos anos-calendário de 1997 a 2001. O segundo foi interposto contra decisão de primeira instância que indeferiu solicitação de cancelamento da exclusão do SIMPLES.

A fiscalização registra que embora o BAR OPINIÃO seja optante pelo SIMPLES desde janeiro de 1997, apresentou DIPJ com opção pelo regime do Lucro Presumido nos anos de 1997 a 2000, tendo apresentado DIPJ simplificada tão somente no ano-calendário de 2001. Consigna que a exclusão do BAR OPINIÃO do SIMPLES somente seria relevante, para fins de apuração do crédito tributário objeto da ação fiscal, no que diz respeito ao ano-calendário de 2001.

A exclusão do Simples, com efeitos a partir de janeiro de 1997 foi motivada com base em representação fiscal, em função de prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do inciso I da Lei 9.317/96, caracterizada pela omissão sistemática de receitas nos anos de 1997 a 2001, decorrente da atividade de prestação de serviços, bem como

caracterizada por depósitos bancários sem comprovação da origem, através da utilização dos mais diversos artifícios fraudulentos.

Reproduzo o art. 14, V, art. 15, V do art. 14 da Lei 9.317/96:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Ocorre que a infração à legislação tributária está sendo discutida no processo relativo ao lançamento de ofício, enquanto que a exclusão do Simples, motivada na prática reiterada de infração à legislação tributária, originou outro processo.

A Portaria SRF nº 6129, de 02/12/2005 abaixo transcrita prevê que serão objeto de um único processo administrativo, as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes.

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

I - as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova, referentes:

a) ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e aos lançamentos dele decorrentes relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), à Contribuição para o PIS/Pasep ou à Contribuição para o Financiamento a Seguridade Social (Cofins);

b) à Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, que não sejam decorrentes do IRPJ;

c) ao IRPJ e à CSLL; ou d) ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples);

II - à exclusão do Simples, à suspensão de imunidade ou de isenção ou à não-homologação de compensação e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes;

Art. 2º Os processos em andamento, que não tenham sido formalizados de acordo com o disposto no art. 1º, serão juntados por anexação na unidade da SRF em que se encontrem.

Para os processos em andamento, o art. 2º da mencionada Portaria prevê que devem ser juntados por anexação na Unidade da SRF em que se encontrem.

Posteriormente foi editada a Portaria SRF 666/2008, que transcrevo em parte:

 7

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

III - as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente;

§ 3º Sendo apresentadas pelo sujeito passivo manifestação de inconformidade e impugnação, as peças serão juntadas aos processos de que tratam os incisos II e III.

Art. 3º Os processos em andamento, que não tenham sido formalizados de acordo com o disposto no art. 1º, serão juntados por anexação na unidade da RFB em que se encontrem.

Portanto, cabe à Unidade de origem juntar, por anexação, os processos de exclusão do Simples e o relativo ao crédito tributário dela decorrente.

No presente caso, a Unidade da RFB, após as decisões de primeira instância e após a apresentação dos recursos voluntários juntou os processos por apensação, quando o correto é por anexação.

Essas Portarias foram editadas, certamente para corrigir uma distorção que se forma a partir do julgamento separado desses processos, uma vez que não se pode apreciar a exclusão do Simples, motivada na reiteração de infração à legislação tributária, sem que concomitantemente se julgue a questão da infração à legislação tributária que se dá com o lançamento de ofício.

No caso em apreciação, a exclusão do Simples se deu por meio do Ato Declaratório e Notificação à contribuinte em 11.11.2004. Já a ciência do lançamento do crédito tributário se deu em 30.11.2004.

Assim, quando do vencimento do prazo para a apresentação da impugnação relativo ao processo em que se discute a exclusão do simples, ainda não havia vencido o prazo para interposição da impugnação do processo relativo ao lançamento do crédito tributário.

A impugnação foi julgada na 5ª Turma Julgadora da DRF em Porto Alegre e a exclusão foi mantida por unanimidade, conforme acórdão nº 5634, de 06 de maio de 2005. Posteriormente, pelo acórdão nº 5.730, de 19.05.2005, da mesma Turma Julgadora, foi mantido o lançamento, onde se discute a infração à legislação tributária.

Ou seja, a impugnação relativa ao lançamento do tributo, onde se discute a infração à legislação tributária foi julgada posteriormente àquele em que se discute a exclusão do simples por prática reiterada de infração à legislação tributária. Entretanto, os julgamentos deveriam ter sido efetuados concomitantemente.

Tendo em vista que o prazo para interposição da impugnação relativa ao lançamento de ofício venceu depois do prazo previsto para a apresentação da manifestação de inconformidade quanto à exclusão do Simples, considerando que o julgamento da impugnação ao lançamento de ofício se deu posteriormente ao julgamento da manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples, e levando em conta que o art. 59 do Decreto 70.235/72, dispõe que são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, entendo que as decisões de primeira instância devem ser anuladas para que apenas uma seja proferida, conforme etapas a seguir:

a) Os autos deverão retornar à Unidade de origem para que o processo de exclusão do simples que está juntado por apensação seja desapensado e juntado por anexação;

b) A contribuinte deve ser cientificada desta decisão e os autos devem permanecer na Unidade de origem, para que a contribuinte possa, no prazo de 30 dias, ter vistas dos autos se entender necessário, e apresentar razões adicionais à exclusão do Simples, se assim o quiser;

c) Posteriormente, os autos devem ser encaminhados à respectiva DRJ para que possa proceder a julgamento conjunto com a apreciação da impugnação relativa ao lançamento de ofício e da manifestação de inconformidade relativa à exclusão do simples e razões adicionais, caso apresentadas.

Esta decisão está fundamentada no art. 16, III, § 4º, b, art. 59, II, do Decreto 70.235/72, a seguir reproduzidos:

Art. 16. A impugnação mencionará:

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 59. São nulos:

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

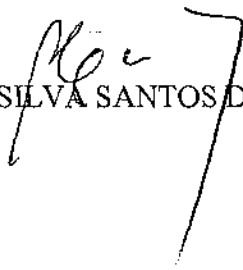
Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Argumenta a recorrente que para que a administração não agisse arbitrariamente, deveria, em primeiro lugar, ter notificado pessoalmente a recorrente, antes de sua exclusão do Simples, que considera arbitrária, e uma vez oportunizada a apresentação de ampla defesa é que em julgamento público, com ciência aos interessados, poderia ser imposta a sanção, por meio de decisão recorrível.

Discordo dessa argumentação, posto que, não há dispositivo legal que ampare o pleito da recorrente, bem como, o lançamento de ofício e a exclusão do simples podem ser feitos concomitantemente, sem nenhum prejuízo ao contribuinte, conforme já acima abordado.



Do exposto, oriento meu voto para anular as decisões de primeira instância, determinar o retorno dos autos à Unidade de origem para que a contribuinte, no prazo de 30 dias possa apresentar razões adicionais à discussão sobre a exclusão do Simples e posterior encaminhamento à DRJ para que outra decisão seja proferida, com a apreciação conjunta da impugnação relativa ao lançamento de ofício e da manifestação de inconformidade relativa à exclusão do simples e razões adicionais, caso apresentadas.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA