



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

Processo n° 13161.720007/2008-14
Recurso n° 885.462 Voluntário
Acórdão n° **1802-00.995 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 04 de outubro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente LOPES & DAMKE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

EXCLUSÃO DO SIMPLES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO

Nem a Lei nº 9.317/1996, nem o Decreto nº 70.235/1972 - PAF, estabelecem a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em direito de defesa antes da lavratura do auto de infração. Os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento inquisitorial, e o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas é diferido para depois de encerrada essa fase. O Ato Declaratório, cientificado em 10/08/2007, mencionou expressamente que a Contribuinte poderia, dentro do prazo de trinta dias, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235/1972, relativamente à exclusão do Simples, assegurados o contraditório e a ampla defesa, mas a Contribuinte não só deixou de se contrapor à exclusão, como ainda solicitou por escrito, em 10/09/2007, que os lançamentos fossem efetuados na modalidade do lucro presumido. Suas reclamações, portanto, são improcedentes.

NULIDADE DO LANÇAMENTO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF)

O MPF é mero instrumento de controle administrativo, e, portanto, não subtrai ou limita a competência legal do Auditor Fiscal para o exercício de suas funções, que está definida em Lei, em sentido estrito. As repercussões de eventuais irregularidades cometidas em relação ao MPF limitam-se às relações entre a Administração Tributária e seus integrantes, no âmbito específico do Direito Administrativo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL, PIS e COFINS

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antônio Nunes Castilho .

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande/MS, que considerou procedente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa da Jurídica – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, conforme autos de infração de fls. 132/139, 140/147, 422/432 e 639/648, nos valores de R\$ 283.084,49, R\$ 164.208,04, R\$ 170.759,75 e R\$ 36.997,81, respectivamente, incluindo-se nesses montantes a multa de 75% e os juros moratórios.

O lançamento abrangeu os anos-calendário de 2004 e 2005, e a apuração de IRPJ e CSLL foi realizada pela sistemática do Lucro Presumido.

Os fundamentos para a autuação dos tributos mencionados acima são os mesmos. Eles estão descritos da seguinte forma no auto de infração de IRPJ:

A presente fiscalização amparada pelo mandado de procedimento fiscal nº 01.4.02-2007-00090-2, teve seu início em 05/06/2007, quando do recebimento pelo contribuinte do Termo de Início de Ação Fiscal nº 322/2007.

O contribuinte optou indevidamente pelo SIMPLES e através do Ato Declaratório Executivo nº 13 de 07/08/2007 foi excluído desta forma de tributação, com efeito retroativo a partir de 02/09/2003. A ciência do contribuinte se deu em 10/08/2007.

Em 10/09/2007 apresentou os livros diário e razão dos anos de 2004 e 2005, onde encontram-se escrituradas as receitas de prestação de serviços (declaradas na PJSI Simples) e as de comissões recebidas de terceiros (receitas constantes das DIRF'S), sem contudo apresentar balancetes de apuração mensal ou trimestral. Nessa data também externou sua vontade no sentido de que os lançamentos fossem efetuados pela forma de tributação Lucro Presumido.

Nos relatórios Declaração de Imposto de Renda na Fonte e no Quadro Resumo das Receitas e Retenções na Fonte estão detalhadamente discriminadas a origem das receitas e respectivas retenções de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS.

Desta forma efetuaremos o presente lançamento de acordo com os relatórios citados e cujas bases de cálculo, para apuração do IRPJ e CSLL, são as abaixo transcritas:

(...)

Quanto ao início da fase litigiosa, a decisão de primeira instância, Acórdão nº 04-17.364 (fls. 728 a 734), traz as seguintes informações:

Em 25 de março de 2008 foram apresentadas as impugnações (f. 153 a 161, 207 a 215, 438 a 446 e 655 a 663). Em todas elas foi alegado, em apertada síntese, que:

a) a exclusão do Simples foi efetuada sem que à contribuinte fosse dada a oportunidade de se defender;

b) a fiscalização terminou e o auto de infração foi lavrado após a expiração do prazo estipulado no mandado de procedimento fiscal;

c) nas informações prestadas pelas fontes pagadoras estão incluídas tanto as receitas escrituradas como as não escrituradas, tendo havido duplicidade de tributação.

Posteriormente, a contribuinte protocolou expedientes em que desiste das impugnações no que tange à duplicidade de tributação (f. 267, 277, 495 e 712).

Como mencionado, a DRJ Campo Grande/MS considerou procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a ementa abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Tendo havido desistência quanto a parte da impugnação, considera-se tal matéria como não impugnada.

PRECLUSÃO TEMPORAL. IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA.

Expirado o prazo para manifestação quanto à exclusão do Simples, não se pode mais apreciar as razões relativas a essa matéria.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O MPF originário e o complementar foram devidamente prorrogados e mesmo a falta ou a irregularidade de MPF não é motivo de nulidade de lançamento em face do princípio da legalidade.

AUTUAÇÕES REFLEXAS: CSLL, contribuição para o PIS/PASEP e COFINS.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Lançamento Procedente

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 22/03/2010, a Contribuinte apresentou em 07/04/2010 o recurso voluntário de fls. 748 a 751, com os seguintes argumentos:

- a Recorrente foi autuada, segundo a Fiscalização, devido à omissão de receitas nos anos calendários 2004 e 2005. Quanto ao levantamento do feito fiscal não houve contestação, porém, a Recorrente discorda da forma como foi excluída do sistema simplificado para pagamento dos tributos federais (SIMPLES), bem assim por ter vencido o prazo para que o Fisco pudesse concluir os serviços, uma vez que havia expirado o prazo do Mandado de Procedimento Fiscal;

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

- a Recorrente foi excluída do SIMPLES sem qualquer oportunidade de defesa, uma vez que houve a exclusão e juntamente com esta, a fiscalização e a obrigação da Recorrente de se manifestar sobre qual o regime que desejaria para o lançamento de ofício dos valores omitidos;

- a exclusão foi sumária. Não se deu oportunidade para que a Recorrente se manifestasse. A exclusão não obedeceu às formalidades estampadas nos art. 15, § 3º, da Lei nº 9.317, de 1996 e muito menos os arts. 14 e 15 do Decreto 70.235/1972;

- ficou patente a violação do legítimo direito de ampla defesa da Contribuinte, conforme largamente esclarecido no pedido inicial, inclusive, com acórdão do e. S.T.J. em caso semelhante;

- não deve prosperar a alegação de que a Recorrente não se utilizou do prazo para contestar a exclusão. A exclusão do regime simplificado se deu sem que houvesse nenhuma formalidade. A Recorrente foi simplesmente excluída para dar lugar à ação fiscal. Por isso que a contestação só foi feita juntamente com a impugnação do lançamento. Reafirmamos mais uma vez que a exclusão fora realizada sem que nenhuma oportunidade fosse concedida à Recorrente;

- com isso, sem qualquer sombra de dúvida, houve o cerceamento do legítimo direito de ampla defesa da Recorrente;

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

- o MPF concede prazo para que o Auditor indicado para a fiscalização inicie e termine os levantamentos fiscais a serem elaborados e, se necessário, a lavratura do auto de infração com o lançamento do imposto. Esse prazo poderá, também, ser prorrogado. No caso em questão, isso não aconteceu. Mesmo tendo o prazo se expirado, a fiscalização lavrou o auto de infração com o lançamento do imposto e imposição de multas;

- não são verídicas as afirmações do ilustre Julgador monocrático no sentido de que os MPF foram prorrogados por três vezes e que a Recorrente teve conhecimento por meios eletrônicos. A Recorrente não tem conhecimento dessas prorrogações;

- se existe a lei e prazos que propõe a expedição do MPF, esta deve ser respeitada na íntegra;

Processo nº 13161.720007/2008-14
Acórdão n.º **1802-00.995**

S1-TE02
Fl. 764

- não se trata de mera Portaria como quer o Emérito Julgador, trata-se da Lei 9.532, de 1997, que deve ser cumprida. Ao contrário do que diz o E. Julgador, cabe nulidade do lançamento por ofensa ao princípio constitucional da legalidade que rege a Administração Pública (art. 37 da C.F.);

- tanto pela exclusão sumária do regime de recolhimento dos tributos (SIMPLES), sem que fosse concedida oportunidade de defesa ao Recorrente, como também pelo descumprimento do prazo disposto na Lei nº 9.532, de 1997, deve ser decretada a nulidade dos autos de infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o litígio abrange lançamento de IRPJ e reflexos (CSLL, COFINS e PIS), cujos fatos geradores ocorreram ao longo dos anos-calendário de 2004 e 2005. A apuração de IRPJ e CSLL foi realizada pela sistemática do Lucro Presumido.

A Recorrente não contesta os valores apurados pela Fiscalização, tanto em relação às bases de cálculo, quanto aos saldos de tributos a pagar. Seus argumentos de defesa abordam especificamente dois pontos:

1- a exclusão do Simples foi efetuada sem que lhe fosse dada a oportunidade de se defender; e

2- o auto de infração foi lavrado após expirado o prazo original estipulado no Mandado de Procedimento Fiscal, e ela não teve conhecimento das prorrogações deste MPF.

Quanto ao primeiro aspecto, vê-se que a Contribuinte não busca contestar os motivos de sua exclusão do Simples. Suas alegações dizem respeito apenas à forma como ela se deu.

Nesse sentido, cabe destacar que nem a Lei nº 9.317/1996 (art. 15, § 3º), nem o Decreto nº 70.235/1972 – PAF (arts. 14 e 15), estabelecem a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em direito de defesa antes da lavratura do auto de infração.

Com efeito, o art. 14 do Decreto 70.235/1972 menciona expressamente que “a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”, e a impugnação é sempre apresentada depois da ciência do auto de infração, assim como as manifestações de inconformidade são apresentadas após a ciência dos atos cujas conseqüências buscam reverter.

Aliás, o art. 15 do Decreto 70.235/1972 é bastante claro a esse respeito:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Isto não quer dizer, contudo, que a legislação que regula o PAF não preveja o contraditório ou a possibilidade do direito de defesa, mas apenas que o exercício destes direitos é diferido para um determinado momento, eis que os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento inquisitorial.

Registre-se que a Contribuinte tomou ciência do “ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 0013, DE 7 DE AGOSTO DE 2007” em 10/08/2007, conforme documento de fl. 11.

O conteúdo do Ato Declaratório menciona que os motivos da exclusão foram apurados no processo nº 13161.000729/2007-60, e que a Contribuinte poderia, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data de recebimento daquele ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235/1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Mas a Contribuinte não só deixou de se contrapor à exclusão, como ainda solicitou por escrito, em 10/09/2007, que os lançamentos fossem efetuados na modalidade do Lucro Presumido (fls. 15).

Portanto, são improcedentes as suas reclamações.

Quanto aos alegados problemas relacionados ao MPF, no que diz respeito à sua prorrogação, cabe mencionar que o antigo Conselho de Contribuintes já pacificou entendimento no sentido de que a natureza do MPF é a de um instrumento meramente administrativo, e que eventual irregularidade em relação a ele não contamina o lançamento que tenha obedecido as regras do Processo Administrativo Fiscal – Decreto nº 70.235/1972, conforme ementas transcritas abaixo:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidades, tampouco deslocar a data do início do procedimento fiscal no âmbito do processo administrativo. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF um instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. (Acórdão 102-4791, de 21/09/2006)

PIS. MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento meramente administrativo. Eventual irregularidade em relação ao mesmo não contamina o lançamento que tenha obedecido às regras do Processo Administrativo Fiscal. (Acórdão 201-77550, de 17/03/2004)

Ementa: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. A despeito da correta emissão dos Mandados de Procedimento Fiscal - MPF, este se constitui de mero controle administrativo, visando, sobretudo, proporcionar segurança ao contribuinte, não tendo o condão de tornar nulo lançamento corretamente efetuado, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional e o Decreto nº 70.235/72, o que não se permite a uma Portaria. (Acórdão 201-79542, de 24/08/2006)

PAF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - A competência para execução de fiscalização, delegada através de

Mandado de Procedimento Fiscal, não desconhece o princípio da competência vinculada do servidor administrativo e da indisponibilidade dos bens públicos. O MPF é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização, na medida em que a competência que o auditor fiscal tem para realizar o trabalho de lançamento decorre da Lei. Ademais, continuação de trabalho fiscal com prorrogação feita, tempestivamente, por meio eletrônico, é válida nos termos das Portarias do Ministério da Fazenda de nº 1265/1999 e 3007/2001. (Acórdão 108-08696, de 25/01/2006)

Realmente, a competência dos Auditores Fiscais está definida em Lei, em sentido estrito, e as repercussões de irregularidades cometidas em relação ao MPF limitam-se às relações entre a Administração Tributária e seus integrantes, no âmbito específico do Direito Administrativo.

Não obstante essas considerações, vê-se que todo o procedimento fiscal foi conduzido ao amparo de MPF válido, conforme indica o relatório de prorrogações, à fl. 01.

Cabe também destacar que o MPF emitido para o início da Fiscalização indicava o código de acesso para a sua confirmação e acompanhamento no sítio eletrônico da Receita Federal (código: 66878019), e que a Portaria RFB nº 4.066, de 02/05/2007 previa a possibilidade de as prorrogações de MPF serem realizadas por meio de registro eletrônico.

Depois de iniciada a Fiscalização, cada termo de intimação recebido representava evidentemente uma comunicação da continuidade do procedimento e, por consequência, a prorrogação do prazo final para a sua conclusão, circunstância essa que poderia ser consultada e confirmada a qualquer momento pela Contribuinte no sítio eletrônico da Receita Federal, com o código de acesso acima mencionado.

Deste modo, o fato de ela não ter recebido em papel o demonstrativo das prorrogações do MPF não tem o condão de ensejar qualquer nulidade ao lançamento, conforme indicam as decisões acima transcritas, as quais também adoto como fundamento deste voto. Realmente, os fatos apontados não acarretaram nenhum prejuízo à Contribuinte.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa

Processo nº 13161.720007/2008-14
Acórdão n.º **1802-00.995**

S1-TE02
Fl. 768

CÓPIA