



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

Processo n° 15540.000277/2007-87
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1301-000.979 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de julho de 2012
Matéria IRPJ/SIMPLES/OMISSÃO DE RECEITAS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PET MUNDI COMERCIO LTDA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECADÊNCIA. OMISSÃO

É de se acolher os embargos de declaração quando mesmo que reconhecida a decadência o acórdão deixa de se pronunciar expressa e explicitamente sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo e acerca do disposto no art. 62-A do RICARF.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

O agravamento da multa de ofício pelo atraso ou não atendimento de intimações e pedidos de esclarecimentos só tem aplicação quanto efetivamente demonstrada a recusa ou efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma acordam, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, para dirimir a omissão e afastar o efeito infringente pleiteado, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto de Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

MF 586, de 21 de dezembro de 2010, ou seja, em momento anterior à prolação do acórdão embargado, em 27 de janeiro de 2011. Inobstante essa alteração na norma regimental, o acórdão embargado passou ao largo de qualquer consideração acerca do entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão de mérito definitiva sobre o tema. Colaciona o referido acórdão.

Quanto à multa agravada, observa-se outro vício no acórdão embargado.

Com efeito, analisando-se a peça de insurgência inaugural de fls. 529/537, verifica-se que o atuado não impugnou especificamente a multa agravada, tampouco formulou pedido expresso nesse sentido.

Apenas em sede de recurso voluntário, ou seja, inovando no objeto litigioso, muito embora continue sem trazer insurgência específica quanto à matéria, o contribuinte faz pedido expresso nesse sentido, postulando pela redução da multa aplicada do patamar de 112,5% para 75% (recurso voluntário de fls. 585/593).

Corno se observa, operou-se, no caso, a preclusão administrativa, na forma dos arts. 14, 16, e 17 do Decreto nº 70.235/72, fato este sobre o qual foi omissa a decisão deste Colegiado, pois a matéria relativa à multa agravada, não foi objeto de insurgência específica na impugnação, consistindo sua invocação em sede recursal em inaceitável inovação do objeto litigioso.

Ademais, há outro vício no julgado.

O voto condutor assentou: "Pela leitura do dispositivo legal transcrito, verifica-se que a multa será agravada caso o contribuinte não atenda a intimação, ou atenda fora do prazo. No *caso* em tela, não constato nos autos a descrição dos motivos. Por outro lado, *entendo* que a Recorrente não apresentou a documentação solicitada relativa a comprovação efetiva das compras por não possuir tal documentação, e não na tentativa de embarçar a fiscalização."

Contudo, consoante se observa dos elementos colacionados aos autos, em especial da motivação de fl. 30 e dos termos de intimação de fls. 84/85; 86 e 91 e documentos de fls. 95/123 que o atuado possuía ao menos parte dos documentos solicitados e os apresentou fora do prazo marcado, apesar de intimado e reintimado em mais de uma oportunidade. Essa questão não foi objeto de análise expressa pelo Colegiado, razão pela qual configura-se a omissão no acórdão embargado.

Portanto, revela-se a necessidade *de se aclarar o decisum*, sanando as omissões/contradições/obscuridades acima apontadas, a fim de que a decisão deste Colegiado mostre-se consentânea com tudo o que destes autos consta, bem como para que seu conteúdo reste claro e completo, não deixando qualquer margem de dúvidas para a interposição de recurso especial e/ou execução do julgado.

Outrossim, prequestionam-se as matérias aqui tratadas, uma vez que não foram objeto de análise expressa pelo Colegiado, a fim de que a Fazenda Nacional possa interpor recurso, se cabível.

Ante o exposto, requer sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos de declaração, a fim de sanar/retificar os vícios acima apontados e prequestionar as matérias que não foram objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade. Passo a apreciá-lo.

Na sessão de julgamento em 27/01/2011, através do Acórdão 1301-000.489, esta Primeira Turma Ordinária, por unanimidade de votos, entendeu acolher a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até setembro de 2002 e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a 75% o percentual da multa aplicada.

Com relação à decadência consta do voto condutor:

“No recurso voluntário, a contribuinte acrescenta no bojo das argumentações apresentadas anteriormente, o tema da decadência parcial, para os fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2002, com base nos artigos 150, parágrafo 4º e 156, ambos do CTN, repete as alegações de que a fiscalização não poderia proceder ao arbitramento do lucro com base nos valores das notas fiscais não escrituradas e, por último contesta a multa agravada.

Acolhendo a matéria da decadência por ser de ordem pública passo a analisar.”

Abreviando a conclusão da Turma Julgadora quanto a esta matéria, deixar claro, que no caso foi acolhida o entendimento de que o direito do Fisco constituir o crédito tributário relativo a tributos e contribuições sociais submetidos ao regime de lançamento por homologação é regulado pelo comando do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, independentemente da realização de pagamentos. Apenas se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra do art. 173, I, do Código e, neste caso houve pagamentos.

Porem, resta evidente a omissão pela falta de pronunciamento expresso e explicitamente sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo e acerca do disposto no art. 62-A do RICARF, do qual passo a suprir, sem contudo alterar as conclusões do julgamento.

Em oportunidades anteriores, tenho me manifestado no sentido de que o critério aplicável para se distinguir se um lançamento é por homologação ou de ofício deve ser a própria sistemática de apuração do tributo. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação seriam aqueles para os quais a lei estabelece para o sujeito passivo que apure o valor devido e antecipe o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa. Seria essa sistemática, a atividade exercida pelo contribuinte, que faria com que o lançamento fosse por homologação, e não a mera presença ou ausência de pagamento.

Entretanto, com o louvável fito de fazer com que as decisões administrativas se conformassem à jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Regimento Interno deste Conselho (RICARF) sofreu alterações, especialmente a introdução do art. 62^A, no Anexo II da Portaria MF nº 256/2009, com a redação a seguir transcrita:

Art. 62A

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001 por Paulo Jakson da Silva Lucas, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/07/2012 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 18/

07/2012 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 23/07/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA

JUNIOR

Impresso em 25/07/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Introduzido pela Portaria MF nº 586/2010, publicada no DOU de 22/12/2010).

Ocorre que a matéria sob exame, a saber, a aplicabilidade do art. 150, § 4º, ou do art. 173, I, ambos do CTN, já foi objeto de decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos repetitivos (art. 543C do CPC), nos autos do Recurso Especial nº 973.733 SC (2007/01769940).

O julgamento se deu em 12/08/2009 e o acórdão foi publicado no DJe de 18/09/2009, restando assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; Agrg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O *dies a quo* do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "*primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

De se ver, portanto, de que forma essa decisão deve ser reproduzida no caso sob exame, em cumprimento das disposições regimentais.

O Superior Tribunal de Justiça aponta, inequivocamente, para a contagem do prazo decadencial segundo as disposições do art. 173, I, do CTN, como regra geral. Esse seria também o dispositivo aplicável quando a lei determine o pagamento antecipado do tributo e o contribuinte não cumpra com essa obrigação e, ainda, inexistindo declaração prévia do débito.

No caso concreto, trata-se de tributos para os quais a lei claramente estipula o dever de antecipar a exação. No casos dos autos comprova-se a existência de pagamentos, portanto, nos termos da decisão do STJ que deve ser reproduzida por este Colegiado é suficiente para fazer com que o regramento aplicável à contagem do prazo decadencial seja aquele do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, neste casos, o *dies a quo* deve ser considerado como a data da ocorrência do fato gerador.

A ciência do Auto de Infração deu-se em 16/10/2007, e tendo por respaldo o citado § 4º, do artigo 150, hipótese em que os cinco anos tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador, conluo, quanto a esta questão, que é de se acolher a decadência para os fatos geradores ocorridos até o mês de setembro, inclusive, do ano calendário de 2002.

Outro ponto embargado pela D. Procuradoria diz respeito à multa agravada, no entender que não houve impugnação específica sobre a matéria, tampouco a autuada formulou pedido expresso nesse sentido, apenas em sede de recurso voluntário, ou seja, inovando no objeto litigioso,

muito embora continue sem trazer insurgência específica quanto à matéria, o contribuinte faz pedido expresso nesse sentido, postulando pela redução da multa aplicada do patamar de 112,5% para 75% (recurso voluntário de fls. 585/593).

Aduz, mais a D. Procuradora:

Ademais, há outro vício no julgado.

O voto condutor assentou: "Pela leitura do dispositivo legal transcrito, verifica-se que a multa será agravada caso o contribuinte não atenda a intimação, ou atenda fora do prazo. No caso em tela, não constato nos autos a descrição dos motivos. Por outro lado, entendo que a Recorrente não apresentou a documentação solicitada relativa a comprovação efetiva das compras por não possuir tal documentação, e não na tentativa de embaraçar a fiscalização."

Contudo, consoante se observa dos elementos colacionados aos autos, em especial da motivação de fl. 30 e dos termos de intimação de fls. 84/85, 86 e 91 e documentos de fls. 95/123 que o autuado possuía ao menos parte dos documentos solicitados e os apresentou fora do prazo marcado, apesar de intimado e reintimado em mais de uma oportunidade. Essa questão não foi objeto de análise expressa pelo Colegiado, razão pela qual configura-se a omissão no acórdão embargado.

Consta da impugnação (fls.529/537):

"Item 5: Primeiramente, a Impugnante irá expor, de forma circunstanciada o conteúdo da ação fiscal iniciada pela D. Fiscalização da Receita Federal, e que resultou nas alegadas infrações que, segundo o D. Agente Fiscal, teriam sido cometidos pela empresa. Ora, como é cediço, quanto à legislação do Imposto de Renda, as empresas só são obrigadas a manter uma Escrita Contábil, se forem tributadas com base no lucro real, sendo discricionária a manutenção, ou não, de uma contabilidade regular, quando forem tributadas com base no Lucro Presumido e, sendo menos exigido, ainda, para as empresas que optaram pelo SIMPLES.

Item 7: Portanto, mesmo após a documentação e os esclarecimentos apresentados pela Impugnante, o AFRF entendeu que teriam sido, ainda assim, cometidas as seguintes infrações;

Item 9: Como será fartamente demonstrado adiante, **o presente Auto de Infração deve ser julgado totalmente insubsistente**, na medida em que a Impugnante não cometeu qualquer infração que justifique a desclassificação de sua escrita contábil, com o arbitramento do lucro. Trata-se de medida totalmente arbitrária e exagerada da Fiscalização, **bem como o agravamento da multa**, face as condições apresentadas."

Aqui, me oponho, com a devida vênia da douta Procuradora da Fazenda Nacional, haja vista que o voto condutor do acórdão embargado foi por mim redigido com fulcro em argumentos atinentes ao que consta do todo o processo. Melhor dizendo, mesmo que a matéria não tenha sido impugnada de forma específica na inicial, mas, como se constata acima, o foi de forma genérica e com mais precisão na fase recursal, portanto, tenho que, por não se tratar de inovação do objeto litigioso, no caso, não há que se falar em preclusão nos termos do arts. 14, 16 e 17 do Decreto 70.235/72.

Quanto ao segundo ponto, verifica-se do Termo de Esclarecimentos e de **Conclusão de Auditoria Fiscal (fls. 10)**, que foi juntado ao processo cópias dos Livros Diários e

Razão além de esclarecimentos iniciais prestados pela fiscalizada em atendimento às exigências fiscais contidas no Termo de Início e Fiscalização. Consta, ainda, as fls. 30 que a multa de lançamento de ofício de 75% prevista no inciso I, do art. 957, do Decreto n.º. 3.000, de 26 de março de 1999, é agravada para 112,5% , de conformidade com o que vai no inciso I, do art. 959 do RIR/99, tendo em vista que o contribuinte deixou, por reiteradas vezes, de atender a solicitações fiscais, para prestar os devidos esclarecimentos.

Na jurisprudência deste Colegiado, o agravamento da multa só se justifica quando plenamente caracterizada a recusa no atendimento às solicitações ou ainda quando o atraso ou o não atendimento causa prejuízos à ação fiscal.

Não vislumbrei nenhuma dessas circunstâncias no presente caso. Ainda que com atraso, as intimações foram atendidas, mesmo que parcialmente. Se não o foram satisfatoriamente, o prejuízo recaiu sobre o sujeito passivo que não logrou demonstrar a acusação de omissão de receitas, o que implicou na autuação. Portanto, concluiu a Turma julgadora ser descabido o agravamento devendo a multa ser reduzida ao percentual de 75%.

Pelo exposto, acolho os embargos interpostos, para o fim de sanear a omissão apontada na matéria de decadência e aclarar o *decisum* com relação a multa de ofício agravada e ratificar as conclusões do decidido no Acórdão 1301-000.489, de 17 de janeiro de 2011.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator