



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

Processo nº 15586.001719/2008-67
Recurso nº 505.694 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.529 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS - SIMPLES
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO TREVO LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

A ausência de enfrentamento de matérias trazidas em petição que aditou a impugnação dentro do prazo legal de 30 dias, ou seja, antes de ter expirado o prazo para a impugnação implica em nulidade da decisão administrativa, visto que esse aditamento faz parte da defesa da contribuinte como se impugnação fosse.

Prejudicada a análise do mérito.

Recurso conhecido e provido para anular a decisão da DRJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em DAR provimento ao recurso para anular a decisão da DRJ, devendo outra ser proferida em seu lugar, para enfrentar também os seguintes argumentos alegados pela contribuinte em sua defesa complementar: (i) a necessidade de realização de prova pericial para retificar o quantum supostamente devido; (ii) impossibilidade de manutenção da representação para fins penais tendo caso não seja mantida a aplicação da multa agravada, (iii) ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários - ofensa ao princípio da legalidade e anterioridade. Vencido o conselheiro Régis Magalhães Soares de Queiroz que não anulava a decisão de primeira instância.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Regis Magalhães Soares de Queiroz, Marcelo Cuba Netto e Rafael Correia Fuso.

Relatório

Tratam-se de Autos de Infração lavrados pela fiscalização federal, que cobra do contribuinte débitos fiscais de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS, abaixo identificados:

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO NO ANO CALENDÁRIO
DE 2003 (SIMPLES):*

IRPJ - SIMPLES R\$ 28.427,46

PIS - SIMPLES R\$ 28.427,46

CSLL - SIMPLES R\$ 54.147,3

COFINS - SIMPLES R\$ 108.295,97

INSS - SIMPLES R\$ 182.886,70

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO NO ANO CALENDÁRIO
DE 2004, 2005 e 2006(LUCRO ARBITRADO):*

IRPJ - R\$ 715.739,24

CSLL - R\$406.132,68

PIS - R\$ 245.527,25

COFINS - R\$ 1.133.205,11

O contribuinte se enquadrava como empresa optante pelo Simples desde 29/10/2002. Nos anos calendários de 2003, 2004 e 2005 apresentou DIPJ como Inativo, já no ano-calendário de 2006 apresentou DIPJ de empresa no Simples zerada, ou seja, sem informar nenhum valor de faturamento.

Por conta disso, foi aplicada a multa qualificada de 150% sobre os valores dos tributos e contribuições devidos nos anos calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006 provenientes da Receita Bruta Omitida (44, II da Lei nº 9.430, de 1996, e artigo 71, incisos I e II da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Há nos autos ainda contrato de arrendamento mercantil de máquinas, equipamentos e instalações, tendo como arrendador a Recorrente e como arrendatária a Cooperativa Agropecuária do Norte do Espírito Santo, no período de 2007 a 2009, constando

ainda no referido contrato que qualquer contingência fiscal relativa a períodos anteriores, será de inteira responsabilidade da Indústria e Comércio Trevo Ltda.

Há nos autos ainda livro de registro de saídas do ICMS dos anos calendários de 2003, 2004, 2005 e 2006, onde em determinados meses registrou informações “sem movimento”, e em outros a venda de mercadorias, ao mesmo tempo em que emitiu as notas fiscais de saída de mercadorias (leite refrigerado).

Em resumo, no trabalho da fiscalização constatou omissão de venda nos anos de 2003 no valor de R\$ 1.585.513,33, no ano de 2004 no valor de R\$ 1.764.407,93, no ano de 2005 no valor de R\$ 4.941.013,93 e no ano de 2006 no valor de R\$ 6.584.483,73, através do levantamento da base de cálculo trazida no Livro de Registro de Saída e nos blocos de notas fiscais da empresa fiscalizada em confrontação com as notas fiscais fornecidas pelo contribuinte.

A empresa, com isso, foi excluída do Simples, nos termos da Lei nº 9.317/96, com as alterações vigentes à época, em seu artigo 9º, inciso II, que veda a opção pelo Sistema para as pessoas jurídicas que tenham auferido, no ano-calendário, imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00.

Assim, a fiscalização concluiu que o contribuinte optou indevidamente pelo SIMPLES no ano calendário 2004, por não preencher as condições necessárias para permanecer no sistema, previstas na Lei 9.317/96, visto que em 2003 possuiu receita bruta no valor de R\$ 1.585.513,33.

Foi expedido o Ato Declaratório nº 89/2008, com efeitos da exclusão a partir de 01/01/2004, sendo recebida a intimação tanto da exclusão quando dos lançamentos dos Autos de Infração pela Sra. Marilene Pereira em 12/11/2008.

Dessa forma, fiscalização aplicou o disposto no artigo 14, inciso I e artigo 15, inciso IV, da Lei 9.317/1996, conforme segue:

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

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

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

IV — a partir do ano -calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º.

Ademais, a sócia da contribuinte apresenta Declaração afirmando que a empresa não possui bens móveis ou imóveis, sendo que os todos seus bens foram vendidos para a empresa COOPNORTE-COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DO NORTE DO E.SANTO, com isso não houve arrolamento de bens.

A contribuinte apresentou impugnação em 09/12/2008, nos seguintes termos:

- *Arguiu preliminarmente a nulidade da decisão recorrida porque não lhe teria sido assegurado, no curso da fiscalização, o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme determina a Constituição Federal; porque se teria desrespeitado o inciso III do art. 3º da Lei nº 9.784, de 1999, que garante ao administrado o direito de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão — no seu entender, antes da lavratura do auto de infração — os quais devem ser objeto de consideração pelo órgão competente; e porque o arbitramento do lucro, por ser medida extrema de apuração de base de cálculo de tributo, somente poderia ser procedido após a abertura formal de prazo razoável para a apresentação da sua escrituração fiscal, conforme o entendimento expresso no acórdão CSRF 01-04.557, de 2003, sintetizado na seguinte ementa:*

"ARBITRAMENTO DE LUCROS — MEDIDA EXTREMA — O arbitramento de lucros, por desclassificação da escrita contábil, é procedimento extremo. Tal medida deve ser aplicada quando o contribuinte, intimado de forma clara e objetiva para providenciar a regularização da escrita, concedendo-se prazo razoável para seu atendimento, deixar de atender à fiscalização".

- *Contra o mérito, alegou, que há ilegalidade na cobrança do PIS e da COFINS a partir de agosto de 2004 porque o art. 29 da Lei nº 11.051, de 30.12.2004, que alterou o art. 9º da Lei nº 10.925, de 2004, suspende a incidência desses tributos sobre as suas vendas de leite in natura; que, no entanto, os tributos foram lançados sob o argumento de que a Lei nº 10.925, de 2004, condicionou o benefício à sua regulamentação pela Secretaria da Receita Federal, o que veio a ocorrer com a edição da IN-SRF nº 660/2006;*

- *Que os autuantes se equivocaram, em primeiro lugar, porque, no art. 17 da Lei nº 10.925, ficou determinado que o seu art. 9º, em sua redação original, produziria efeitos retroativamente a 1º de agosto de 2004; que, assim, não há de se falar em dependência de regulamentação para a eficácia do dispositivo legal em comento;*

Que, em segundo lugar, porque é absurda a idéia de que uma autoridade possa manter indefinidamente suspenso um dispositivo de lei apenas com a utilização do expediente de não regulamentá-lo;

Que, não obstante, mesmo que a Lei nº 10.925 tivesse condicionado o gozo do benefício em questão à sua regulamentação, o certo é que o favor fiscal foi concedido pela Lei nº 11.051 e não pela 10.925; e

Que o inciso III do art. 34 da Lei nº 11.051 estabeleceu que o dispositivo que deu nova redação ao art. 90 da Lei nº 10.925 entrou em vigor na data da sua publicação (Art. 34. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos, em relação: I — ao art. 70, a partir de 10 de novembro de 2004; II — aos artigos 9º, 10 e 11, a partir do 1º dia do 4º mês subsequente ao de sua publicação; III —

aos demais artigos [aí incluído o 29], a partir da data da sua publicação);

- Contra a multa aplicada, ponderou que ela é inconstitucional em face da sua nítida feição confiscatória.

Em petição como aditamento da impugnação, protocolada em 10 de dezembro de 2008, alegou em síntese que:

(i) que haveria necessidade de realização de prova pericial para retificar o quantum supostamente devido; (ii) a impossibilidade de manutenção da representação para fins penais tendo caso não seja mantida a aplicação da multa agravada; (iii) a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários - ofensa ao princípio da legalidade e anterioridade.

A DRJ manteve o lançamento fiscal, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA • JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

LUCRO ARBITRADO.

Quando a pessoa jurídica obrigada à apuração do lucro real deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, a base de cálculo do imposto e da contribuição social sobre o lucro líquido será o lucro arbitrado segundo os critérios legais estabelecidos.

MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DO DOLO

A insistência da contribuinte de se declarar inativa durante anos-calendário consecutivos e omitir receitas reiteradamente com o claro propósito de sonegar tributos denota o elemento subjetivo da prática dolosa e dá azo à aplicação da multa qualificada em razão do dolo previsto no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). VENDA DE LEITE IN NATURA. EXIGIBILIDADE. REQUISITOS PARA SUSPENSÃO. DESCUMPRIMENTO.

O descumprimento dos requisitos estabelecidos na Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal nº 660, de 2006, prejudica o gozo do benefício fiscal da suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS de que trata o art. 90 da Lei nº 10.925, modificado pela Lei nº 11.051, ambas de 2004.

Lançamento Procedente

O contribuinte foi intimado da decisão da DRJ em 16/04/2009, e apresentou seu Recurso Voluntário em 05/05/2009, alegando em síntese que:

(i) houve nulidade da decisão recorrida, visto que não foram analisados os pedidos realizados pela emenda a impugnação, quanto à necessidade de realização de prova pericial para retificar o quantum supostamente devido, à impossibilidade de manutenção da representação para fins penais tendo caso não seja mantida a aplicação da multa agravada e à ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários - ofensa ao princípio da legalidade e anterioridade;

(ii) no mais reitera os mesmos argumentos trazidos na sua impugnação e petição de emenda, porém com outra roupagem lingüística;

(iii) em seu pedido, requereu:

a) Demonstrada a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, pela não apreciação do pedido de produção da prova pericial, requer seja conhecido e provido o presente recurso, para que seja anulada a decisão, remetendo os autos do processo administrativo para a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil, para que proceda novo julgamento, no que concerne a produção da prova;

b) Caso este E. Conselho assim não entenda, seja determinado, por esta instância superior, a produção da prova pretendida, remetendo-se os autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil para a apresentação de quesitos;

c) seja anulada a decisão atacada, pela não apreciação da questão relativa a aplicação da Taxa SELIC para fins tributários, devendo serem encaminhados os autos do processo administrativo para Delegacia da receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I (RJ), para que proceda a análise da questão que fora posta à sua apreciação e consequentemente prolate nova decisão integrativa;

d) caso não seja julgado procedente o pedido contido na alínea "c", o que não se espera, requer dado provimento ao Recurso manejado, excluindo-se a aplicação da taxa SELIC ao crédito exigido, aplicando-se os juros legais de 1%;

e) seja anulada a decisão ora atacada pela princípio da contraditório e ampla defesa, insculpidos na Constituição Federal, devendo serem remetidos os autos à 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil, para que sane a ofensa aos citados princípios;

f) seja julgado procedente o presente recurso, haja incorreção na aplicação multa de ofício de 150%, tendo em vista a inexistência de comprovação de dolo ou fraude por parte da Recorrente, reduzindo-se a multa aplicada aquela prevista no artigo 44, I, da Lei 9.430/96;

g) caso não seja julgado procedente o pedido contido na alínea "a", o que não se espera, requer seja feito o auto de infração, excluindo-se a aplicação da taxa SELIC ao crédito exigido, aplicando-se os juros legais de 1%, bem como reduzindo a multa aplicada ao percentual de 75%;

h) seja julgado procedente o presente recurso, para afastar a incidência de PIS e COFINS sobre a atividade de venda de leite in natura realizada pela RECORRENTE, relativamente ao período entre Agosto de 2004 e Abril de 2006, não contemplados na decisão ora atacada.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Quanto à omissão das alegações em relação à necessidade de realização de prova pericial para retificar o quantum supostamente devido, à impossibilidade de manutenção da representação para fins penais tendo caso não seja mantida a aplicação da multa agravada e à ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários - ofensa ao princípio da legalidade e anterioridade, vislumbro que não foram analisadas tais questões na decisão da DRJ.

Tal fato se comprova, não só pelo texto da decisão, como do relatório, que sequer fez menção à petição complementar do contribuinte protocolada em 10/12/2008.

Cumprе destacar que a despeito da petição ora comentada ter sido protocolada um dia após o protocolo da impugnação, a mesma deve ser considerada como tempestiva, quando se observa o prazo legal de 30 dias contados da intimação do lançamento, fazendo parte da impugnação.

E mais, os Embargos de Declaração, a despeito de sua existência só é cabível em face de decisões do CARF, o que não é o caso:

Regimento Interno do CARF

Art. 64. Contra as decisões proferidas pelos colegiados do CARF são cabíveis os seguintes recursos:

I - Embargos de Declaração; e

Nestes termos, resta prejudicada a análise do mérito.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso e DOU-LHE provimento, para anular a decisão da DRJ, devendo outra ser proferida em seu lugar, para enfrentar também os seguintes argumentos alegados pela contribuinte em sua defesa complementar: (i) a necessidade de realização de prova pericial para retificar o quantum supostamente devido; (ii) impossibilidade de manutenção da representação para fins penais tendo caso não seja mantida a aplicação da multa agravada, (iii) ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários - ofensa ao princípio da legalidade e anterioridade.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator

