



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18471.004017/2008-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.208 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2021
Recorrente S.O.S ENTULHOS TRANSPORTES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

IMPUGNAÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO. NULIDADE.

É nula a decisão exarada pela autoridade julgadora de primeira instância que deixa de analisar alegação de cerceamento do direito de defesa apresentada pelo sujeito passivo na peça impugnatória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade parcial do acórdão de primeiro grau, suscitada de ofício pelo relator, determinando o retorno dos autos à DRJ para que se profira nova decisão, nos termos do relatório e voto do relator. Os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Fabiana Okchstein Kelbert votaram pelas conclusões do relator quanto à discussão sobre o conhecimento da matéria constitucional.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado- Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão nº 12-25.689, de 20 de agosto de 2009, proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I, que julgou parcialmente procedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo acima identificado (fls. 1.191/1.202).

O presente processo se originou de Autos de Infração para exigência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), em relação aos períodos de apuração contidos nos anos-calendários de 2003, 2004 e 2005 (fls. 944/1.002).

Conforme descrito no Termo de Constatação Fiscal nº 02, os valores foram constituídos em decorrência da infração de omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada, uma vez que o sujeito passivo, apesar de intimado, não teria apresentado a documentação hábil e idônea à comprovação da origem dos recursos. O lançamento relativo ao IRPJ seguiu o regime de apuração com base do Lucro Arbitrado, já que o sujeito passivo deixou de atender a intimação para apresentar os livros contábeis e a escrituração lícita Caixa não continha os depósitos bancários.

Cabe registrar que, em decorrência do mesmo procedimento fiscal, foi realizada a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, a partir de 1º de janeiro de 2003, conforme Ato Declaratório constante à fl. 849. A referida exclusão foi objeto do processo administrativo nº 18471.002084/2007-10, e a Recorrente apresentou Impugnação ao ato de exclusão, tratada no âmbito do processo administrativo nº 13708.003911/2008-39.

Cientificada do lançamento, a Recorrente apresentou a Impugnação de fls. 1.134/1.139, na qual sustentou que:

- (i) o Fisco só pode realizar arbitramento na presença de fortes indícios comprovados, tendo ocorrido no presente caso apenas presunção, de modo que caberia ao Fisco prová-la;
- (ii) a atuação do Fisco não teria se pautado pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade;
- (iii) não teve a oportunidade de examinar os documentos retidos, posto que foi cientificado do lançamento por via postal, e os referidos documentos permaneceram em poder do Fiscal por prazo superior a um ano;
- (iv) comprovou ter perdido todos os documentos que comprovariam a origem de suas transações;
- (v) não teria havido omissão de receitas;
- (vi) as presunções seriam mera probabilidade, não se podendo considerar ocorrido o aspecto material do fato gerador;

- (vii) as presunções são relativas, pelo que admitem prova em contrário e se confundem com indícios;
- (viii) impugnou todos os atos do Fisco, de modo que, até a decisão administrativa final, não pode o Fisco gerar fatos geradores por indícios, omissões e promover a tributação;
- (ix) poderia recorrer ao Poder Judiciário.

Pugnou, então, pelo cancelamento do lançamento fiscal.

Na decisão de primeira instância, reconheceu-se, de ofício, a decadência do direito de o Fisco constituir os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos nos 1º a 3º trimestres, para o IRPJ e a CSLL; e no período de 1º de janeiro de 2003 a 30 de novembro de 2003, para a Cofins e a Contribuição ao PIS.

Considerou-se que a simples afirmativa de perda da documentação de suporte não torna indevido o arbitramento do lucro, uma vez que há procedimentos, disciplinados pelo Decreto-Lei nº 486, de 1969, para tal tipo de situação.

Manteve-se a tributação com base na presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, uma vez que o dispositivo legal que a prevê impõe ao sujeito passivo o ônus de comprovar a origem dos recursos objeto dos referidos depósitos. Esclareceu-se, ainda, que a tributação não se dá sobre os depósitos, mas sobre a renda que eles representam.

A decisão recebeu, então, a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURIDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA

O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo ao imposto de renda decai em cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, salvo ocorrência comprovada de dolo, fraude ou simulação, em virtude de ser por homologação o lançamento do referido tributo desde o advento da Lei nº 8.383, de 1991.

ARBITRAMENTO.

Cabível o arbitramento do lucro quando a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária.

A não apresentação de livros e documentos durante o procedimento fiscal, sob alegação de destruição por enchente, enseja o arbitramento do lucro, sobretudo quando o contribuinte não toma as providências estabelecidas no art. 264, parágrafo 1º do RIR/1999.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o

contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Excluem-se da autuação os valores alcançados pela decadência.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: PIS. Cofins. CSLL.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Após a ciência do Acórdão, foi apresentado o Recurso Voluntário de fls. 1.216/1.223, no qual são reiteradas as alegações de retenção de documentos por parte da autoridade fiscal e de pendência de decisões administrativas. A inconformidade com a tributação com base na presunção legal de omissão de receitas é reforçada por meio de argumentos relacionados ao conceito de renda veiculado no art. 43 do CTN. Foram apresentadas alegações inovadoras em relação à tributação com base no Lucro Arbitrado e à suposta inconstitucionalidade da base de cálculo da Cofins. Alega, ao final, que a decisão recorrida teria violado diversos princípios constitucionais.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado, por via postal, da decisão de primeira instância, em 22 de fevereiro de 2010 (fl. 1.211), tendo remetido, também por via postal, em 22 de março daquele ano (conforme carimbo apostado ao envelope de fl. 1.215, confirmado à fl. 1.224), o seu Recurso Voluntário.

O art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, somente estabelece que o prazo para a apresentação do Recurso é de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão de primeira instância, não veiculando qualquer regra distintiva em relação à interposição do Recurso por via postal.

A jurisprudência do CARF, em consonância para o estabelecido para a Impugnação, por meio do Ato Declaratório Normativo Cosit nº 19, de 26 de maio de 1997, e do art. 56, §§5º e 6º, do Decreto nº 7.574, de 2011, tem entendido que, para o exame da tempestividade dos Recursos, deve-se considerar como data de apresentação a data de postagem constante do aviso de recebimento ou, na falta de cópia deste, a data constante do carimbo apostado no envelope, quando da postagem da correspondência.

Neste sentido:

PEREMPÇÃO.

O prazo para apresentação de recurso voluntário ao CARF é de trinta dias, a contar da ciência da decisão de primeira instância. Recurso postado nos correios antes do prazo final é tempestivo, ainda que seu recebimento pelo Tribunal ocorra após tal prazo. (Acórdão nº 9101-003.677 – 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 5 de julho de 2018, Relator Conselheiro Gerson Macedo Guerra)

Não enxergo razão para a adoção de entendimento diverso, uma vez que inexiste óbice para a apresentação do Recurso Voluntário por via postal; que apenas a data de postagem se encontra sob controle do sujeito passivo, não estando a data em que a correspondência será entregue na Unidade administrativa; e que a contagem do *dies ad quem* pela data de entrega na repartição representaria, na prática, a redução do prazo recursal, em afronta à isonomia com os demais meios de apresentação facultados pela legislação.

O Recurso é subscrito por procuradora da pessoa jurídica, devidamente constituída à fl. 1.140

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, inciso I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

No Recurso Voluntário, como já relatado, a Recorrente trata de matérias não abordada na Impugnação (fundamentos da aplicação do Lucro Arbitrado e inconstitucionalidade da base de cálculo da Cofins).

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública. É o caso das alegações da Recorrente, que poderiam levar ao cancelamento integral da autuação, por erro na determinação do regime de tributação aplicável, ou, parcialmente, em relação a parcela do lançamento da Cofins, caso, efetivamente, presente, e já reconhecida pelo Poder Judiciário, a inconstitucionalidade invocada (deve-se registrar, desde logo, que a legislação vigente não pode ser afastada na julgamento administrativo, por ausência de competência do julgador para a declaração da inconstitucionalidade, conforme Súmula CARF nº 2).

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2 DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

A Recorrente, desde a Impugnação, sustenta a ocorrência de cerceamento do seu direito de defesa, posto que a autoridade fiscal teria retido em seu poder a documentação por ela apresentada. Afirma:

Afinal, e, apesar de estabelecer as garantias, como :

devido processo legal contraditório e ampla defesa, nos termos da lei.

Ou seja, de oferecer resposta ao contribuinte, em nenhuma oportunidade, especialmente a ora em tela, permitiu examinar os documentos retidos, tanto assim, que observamos:

TERMO DE ENCERRAMENTO

Devolvemos nesta data todos os livros e documentos utilizados na presente fiscalização, no estado em que foram recebidos.

Contudo, o contribuinte, não os recebeu, eis que, a notificação foi por via postal.

Ademais, restou constatar, que, tais documentações ficaram em poder do FISCO em período superior a um ano.

A alegação da Recorrente poderia conduzir à nulidade do lançamento ou de determinados atos subsequentes, por força do contido no art. 59, inciso II e §1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Ocorre que, na decisão recorrida, não se enfrentou a matéria, o que implica a sua nulidade, tanto por configurar a preterição do seu direito de defesa se ver todas as suas alegações examinadas¹, quanto por impedir a análise, no presente julgamento, de semelhante alegação constante do Recurso Voluntário, uma vez que constituiria indevida supressão de instância.

¹ A exceção seria a hipótese de o julgador já encontrar fundamento autônomo para a formação da sua convicção, o que não se aplica ao caso.

A referida nulidade poderia ser superada, caso fosse possível, desde logo, decidir o mérito do Recurso Voluntário em seu favor, nos termos do art. 59, §3º, do Decreto nº 70.235, de 1972. Não considero ser esta, contudo, a hipótese dos autos.

3 CONCLUSÃO

Isto posto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para, de ofício, reconhecer a nulidade da decisão de primeira instância, determinando o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro, para que se profira nova decisão, com o enfrentamento da alegação de cerceamento do direito de defesa da Recorrente, conforme constante da Impugnação por ela apresentada.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo