



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.720152/2011-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1004-000.102 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Turma Extraordinária
Sessão de 11 de março de 2024
Recorrente FARDOCOTTON INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO ANULADO POR VÍCIO FORMAL.

O direito de proceder a novo lançamento extingue-se após cinco anos da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, na forma do inciso II do artigo 173 do CTN.

NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Decreto nº 70.235/1972 PAF não prevê a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à lavratura de auto de infração. Os trabalhos de fiscalização têm a natureza de um procedimento investigativo, e o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas é diferido para depois de encerrada essa fase, sem qualquer prejuízo para os contribuintes ou responsáveis. Constatado que o contribuinte teve a ciência de todos os termos, documentos e demonstrativos que compõe o processo, e neles estão claramente descritos os fatos que motivaram o lançamento, as infrações que lhes foram imputadas, bem como as disposições legais infringidas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A prática de ocultar do Fisco, mediante o sistemático registro inverídico em escrituração contábil e fiscal, de saídas de mercadorias para simples demonstração, quando constatado, pelas notas fiscais emitidas pela própria empresa, tratar-se de saídas de mercadorias por vendas, para eximir-se do pagamento de tributos, constitui fato que evidencia o intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A fim de aplicar a retroatividade benigna, deve o percentual da multa qualificada ser reduzido para 100%.

INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. SÚMULA CARF N. 2.

Falece a este tribunal administrativo competência para apreciar questões relativas à constitucionalidade ou à violação a princípios constitucionais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares, e, no mérito dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício ao patamar de 100%, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva, Jeferson Teodorovicz, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Henrique Nimer Chamas, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fl. 741/768) contra Acórdão da DRJ (e-fl. 687/702) que julgou improcedente Impugnação Administrativa (e-fl.576/701) oposta contra lançamento de IPI decorrente de omissão de receita apurada no processo 19515.720151/2011-77, em que se discute auto de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e reflexos, por sua vez referente ao ano calendário de 2003 e cujas circunstâncias fáticas estão narradas no Termo de Verificação e Constatação Fiscal – e-fls. 497/514.

Para síntese dos fundamentos fáticos e jurídicos que fundamentaram a autuação, reproduzo em parte o Relatório do Acórdão impugnado e-fl.687/702:

Cuida o presente de lançamento do IPI decorrente da omissão de receitas apurada no IRPJ processo nº 19515.720151/2011-77, cujo Relatório reproduz-se:

“Trata-se de impugnação aos Autos de Infração de IRPJ (fls. 679/683), e reflexos, lavrados e cientificados em 08 de janeiro de 2013, contra o Interessado, relativos ao ano-calendário de 2003, em razão de haver sido apurado as seguintes irregularidades:

1) omissão de receitas decorrente da venda de produtos de fabricação própria sem a emissão da correspondente nota fiscal, caracterizada por:

1.1. – saldo credor de Caixa

A fiscalização verificando o livro Caixa nº 005, (fls. 329 a 372) constatou a ocorrência de saldos credores de caixa ao longo do ano, sendo que o maior saldo credor encontrado foi de R\$ 11.047,53 em 08/01/2003, que foi tributado a título de omissão de receita;

1.2. – suprimento de numerários

*Verificando o livro Caixa nº 005 a fiscalização também constatou a ocorrência de **suprimento de caixa** para os quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprovou a efetividade da entrega dos numerários e as origens dos valores lançados, quais sejam: janeiro/2003 - R\$ 1.719,80; março/2003 – R\$2.000,00 e R\$ 783,86; maio/2003 – R\$10.000,00 e R\$559,50; junho/2003 – R\$ 710,00, R\$ 750,00, R\$ 864,00, R\$ 498,00, R\$ 5.207,34, R\$ 1.080,00, R\$ 710,00, R\$ 1.320,00, R\$ 3.604,50 R\$ 1.655,44, R\$ 13.000,00; julho/2003 R\$ 15.000,00, R\$ 10.000,00, R\$ 40.000,00, R\$ 35.000,00; Agosto/2003 – R\$ 20.000,00, R\$ 30.000,00, R\$ 40.000,00, R\$ 10.000,00; setembro/2003 – R\$ 20.000,00, R\$ 30.000,00, R\$ 20.000,00, R\$ 10.000,00;*

outubro/2013 – R\$ 10.000,00, R\$ 15.000,00, R\$ 10.000,00, R\$ 5.000,00, R\$ 16.454,00;
dezembro/2013 – R\$ 15.000,00, R\$ 10.000,00, R\$ 5.000,00, R\$ 10.000,00.

1.3. – notas de vendas registradas no livro de Saídas por valores inferiores aos das primeiras vias

Após circularização realizada entre alguns clientes da contribuinte, a fiscalização constatou que a empresa emitiu notas fiscais de saídas em valores superiores aos registrados no livro Registro de Saídas, e sobre os impostos e contribuições apurados foi aplicada a multa de 150% por entender a autoridade fiscal que estaria configurada fraude fiscal.

1.4. – pagamentos não contabilizado de compras não escrituradas

A fiscalização constatou, mediante circularização entre os fornecedores da contribuinte, **que esta deixou de contabilizar no livro Caixa n.º 005, referente ao ano calendário de 2003, diversos pagamentos realizados para quitar notas fiscais de compras de mercadorias, cujas notas fiscais sequer foram registradas no livro Registro de Entradas.**

Intimada a comprovar a origem dos recursos utilizados nos pagamentos das referidas notas fiscais (fls.306 a 320), a contribuinte limitou-se a declarar que “as origens dos recursos utilizados para pagamento das compras não escrituradas referem-se a empréstimos amigáveis contraídos de familiares e de venda de bens de pequeno valor das próprias sócias, não documentadas por falta de conhecimento e experiência.” Não comprovada a origem dos recursos utilizados nos pagamentos, a fiscalização elaborou o **“Demonstrativo de pagamentos não contabilizados das compras não escrituradas”** (fls. 655 a 665), no qual foram alocados os pagamentos das notas fiscais de acordo com o fornecedor.

1.5. – pagamentos não contabilizados de compras escrituradas

Além disso, a contribuinte deixou de contabilizar no livro Caixa n.º 005, referente ao ano-calendário de 2003, os pagamentos realizados para quitar notas fiscais de compras de mercadorias, as quais foram registradas no livro Registro de Entradas (fls.373/393). Intimada (fls. 304/305) a comprovar a origem dos recursos utilizados nos pagamentos das referidas notas fiscais, conforme relação anexa (fls. 321 a 324), a contribuinte **não apresentou nenhum comprovante desses pagamentos.** A fiscalização elaborou o **“Demonstrativo de pagamentos não contabilizados das compras escrituradas”** (fls. 666 a 668).

1.6. – pagamentos escriturados de compras não registradas

A fiscalização também identificou no livro Caixa n.º 005 pagamentos (totais ou parciais) de compras não escrituradas nos livros de Entradas, conforme relação de fls. 306 a 320. Intimada (fls.304/305) a esclarecer o motivo dessa contabilização e a comprovar a origem dos recursos utilizados nos pagamentos das diferenças encontradas (no caso de pagamentos parciais), a contribuinte não apresentou nenhum comprovante de pagamento, e afirmou que “o motivo das notas fiscais de compras de mercadorias não escrituradas no livro de Entrada deu-se ao fato de que acreditávamos ser indiferente a contabilização, apenas demos importância aos pagamentos das mesmas, sendo assim, os recursos utilizados para estes pagamentos tiveram origem de receita da própria empresa... e as diferenças encontradas tratam-se de descontos concedidos por fornecedores pelo pagamento no prazo e devolução parcial ou total de mercadorias conforme alguns documentos anexados, pois não podemos apresentar todos devido às dificuldades encontradas para a localização dos mesmos, sendo que houve um furto na empresa conforme cita o Boletim de Ocorrência”. Considerada insatisfeita com a justificativa, a fiscalização elaborou o **“Demonstrativo de pagamentos contabilizados das compras não escrituradas”** (fl. 668), onde aponta os valores omitidos..

2) Recolhimento a menor dos tributos decorrente de sua exclusão do Simples Federal.

2.1. – Em virtude de mudança de alíquota decorrente da alteração da receita bruta acumulada foi apurada insuficiência de recolhimento o que constituiu a infração acima.

Como as infrações apuradas apresentam reflexos nos valores devidos às contribuições sociais, foram lavrados autos de infração referentes ao Programa de Integração Social – PIS; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Os valores tributáveis relativos aos fatos geradores verificados encontram-se indicados nos corpos dos autos de infração, nos quais também constam os enquadramentos legais respectivos, atingindo o crédito tributário o montante de R\$ 813.648,59 na data da lavratura, compreendendo os valores dos tributos, acrescidos das multas de ofício de 150% no caso de omissão de receitas decorrente da venda de produtos de fabricação própria e de 75% para os depósitos bancários de origem não comprovada, mais juros de mora calculados até 30/11/2012, assim distribuídos:

IRPJ.....R\$ 228.623,04

CSLL.....R\$ 132.954,61

PIS.....R\$ 80.505,47

Cofins.....R\$ 371.565,47

No Termo de Verificação e Constatação Fiscal IRPJ - 2003(fl. 636 a 668), há a descrição do procedimento fiscal e das irregularidades apontadas pelo autuante como infrações à legislação tributária, que motivaram a lavratura dos presentes autos de infração.

De acordo com a informação fiscal, contida no item “3 – Análise” do Termo de Verificação e Constatação Fiscal IRPJ – 2003, o Contribuinte foi submetido ao arbitramento do lucro por não ter apresentado, quando intimado e reintimado, a escrituração do ano-calendário de 2003, nos termos do art. 530, I, do RIR/99.”

À vista disso, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 530 a 559, exigindo-se o crédito tributário no montante de R\$ 625.765,17, pelas seguintes irregularidades:

- a) falta de lançamento do imposto caracterizada pela saída do estabelecimento sem emissão de nota fiscal apurada através da receita de origem não comprovada;
- b) falta de lançamento do imposto caracterizada pela saída do estabelecimento sem emissão de nota fiscal apurada conforme TVCF – IPI, com multa qualificada (150%);
- c) falta de lançamento do imposto na saída de produto tributado do estabelecimento, por ter ultrapassado os limites do Simples no ano-calendário de 2002, cujos efeitos de exclusão se deram a partir de 01/01/2003, de acordo com o ADE Dicat/Derat/SPO n.º 110 de 07/08/2006.

Regularmente cientificado, ingressou com a impugnação de fls. 576 a 601, firmada pelo procurador Dr. Walter Luiz Salome da Silva, OAB/SP n.º 182.715 constituído pela procuração de fls. 675/676, onde em síntese alega:

1. Preliminares

1.1. Decadência da exigência fiscal

Alega que teria ocorrido a decadência com base no artigo 173 e §§ do Decreto n.º 70.235 de 1972, pois, a cobrança objeto da presente ação refere-se ao período de 01/01/2003 a 31/12/2003 e que entre a data da ocorrência do fato gerador e a autuação decorreram mais de cinco anos. Acrescenta que não é cabível a alegação de que o tributo objeto da presente autuação encontrava-se suspenso por ter sido o auto de infração lavrado anteriormente declarado nulo pela 5ª Turma da DRJ/RPO – Acórdão 14-16.851, uma vez que passaram mais de 5 anos do fato gerador da obrigação tributária e que jamais poderia ocorrer mais uma autuação sobre o mesmo objeto, principalmente se o tema já fora apreciado pela Delegacia de Julgamento;

1.2. Nulidade do procedimento fiscal. Cerceamento do direito de defesa

Alegou nulidade do Auto de Infração em virtude de ter tido sua defesa prejudicada, uma vez que o prazo concedido para a apresentação de documentação e apuração do lucro real foi insuficiente. Afirmou que todas as intimações não foram levadas a efeito uma vez que ela não recebeu qualquer uma das intimações mencionadas no relatório fiscal. Após transcrever os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.784 de 1999, que tratam dos princípios gerais e dos direitos dos administrados, assim como, o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, solicitou que fosse reconhecida a nulidade do processo administrativo diante da não concessão de prazo para a juntada de documentos.

1.3. Nulidade do Auto de Infração com base na irretroatividade da lei;

Alegou que a Fiscalização efetuou lançamento a fatos ocorridos antes da vigência da norma que a excluiu do Simples, e que somente após a emissão do Ato Declaratório de Exclusão é que os fatos poderiam ficar sujeitos a fundamentar infração ou impor penalidades, baseados em exclusão do Simples.

2. Mérito

2.1. Impossibilidade de lançamento pelo regime de lucro arbitrado;

Alegou que o arbitramento só pode ser realizado nos casos previstos e que os pressupostos em que o Auditor Fiscal se fundou para arbitrar o lucro são impossíveis juridicamente de ser cumpridos, pois não poderia no início do ano-calendário de 2003 ter realizado opção por outra modalidade de tributação se estava sujeita à tributação pelo Simples, como também não poderia a fiscalização desconsiderar essa sua situação de optante pelo Simples e exigir documentos que sabia que ela não possuía, para com base nessa circunstância realizar o arbitramento do lucro. Acrescentou que o autuante não teria esgotado todos os meios necessários, nem teria demonstrado o preenchimento das exigências legais para que pudesse arbitrar o lucro e, o que é pior, não teria concedido prazo razoável para o atendimento da solicitação nesse sentido.

2.2 Multa indevida e caráter confiscatório.

Alegou que a fiscalização deixou de apresentar os motivos, as razões e o fundamento para que diante do fato que possa ser imputado como infração à legislação, desencadeasse a penalidade agravada de 150%, a qual só pode ser aplicada quando ficar comprovado pela fiscalização e evidenciada a má-fé e o intuito de fraude definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502 de 1964. Aduziu que a multa nesse patamar seria descabida por ter caráter confiscatório.

O contribuinte trouxe aos autos, junto com a impugnação, diversos excertos de decisões judiciais e administrativas e de obras de renomados juristas, além de diversas ementas de acórdãos administrativos e jurisprudenciais em reforço às suas argumentações.

Por fim solicitou a nulidade do feito ou que seja declarada sua insubsistência.

É a síntese do essencial.

Não obstante a pretensão impugnatória do contribuinte, o Acórdão da DRJ (e-fl.687/702), por outro lado, julgou improcedente a Impugnação Administrativa, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO ANULADO POR VÍCIO FORMAL. O direito de proceder a novo lançamento extingue-se após cinco anos da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, na forma do inciso II do artigo 173 do CTN.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de nulidade do lançamento, quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do crédito tributário, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI.

Para efeitos de exclusão do Simples aplica-se a lei vigente à época em que restou caracterizada a situação impeditiva, ainda que posteriormente modificada ou revogada. O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória - que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde determinada data passada ou infringiu qualquer das hipóteses impeditivas para usufruir o benefício-, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Constatado em procedimento fiscal que o estabelecimento industrial promoveu a saída de produtos tributados sem a emissão da nota fiscal, impõe-se a constituição do crédito tributário.

OBJETO DA IMPUGNAÇÃO.

O julgamento da lide deve recair apenas sobre a matéria expressamente impugnada no prazo de trinta dias. Não tendo a Contribuinte apresentado qualquer objeção contra a exigência fiscal relativa a saída de produtos de seu estabelecimento sem a emissão da respectiva nota fiscal mantém-se a exigência fiscal.

FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO NA SAÍDA DO PRODUTO.

Em razão da exclusão da Contribuinte do Simples, correta a exigência do imposto que deixou de ser inserido na nota fiscal por estar desobrigada de tal prática no sistema simplificado.

MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. INAPLICABILIDADE.

O princípio constitucional da vedação ao confisco é aplicável apenas aos tributos ou contribuições, não guardando relação com as penalidades. Não existe caráter confiscatório na multa prevista no art. 80-I da Lei nº 4.502/64 com a redação dada pelo art. 45, da Lei nº 9.430/96.

MULTA QUALIFICADA. OCORRÊNCIA.

É cabível a imposição de multa qualificada, tendo em vista a comprovação de que o contribuinte deu saída de mercadorias sem a devida emissão da nota fiscal de venda.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS.

Os acórdãos do CARF não constituem normas complementares do Direito Tributário e seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente aplicando-se ao contribuinte daqueles litígios.

DECISÕES JUDICIAIS. EXTENSÃO DOS EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96

do Código Tributário Nacional, salvo quando tenha gerado uma súmula vinculante, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45, DOU de 31/12/2004.

POSICIONAMENTOS DE JURISTAS.

A Autoridade Administrativa não tem competência para apreciar alegações de descabimento de norma legitimamente inserida na legislação tributária nacional.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (e-fl. 741/768), onde repisa argumentos já expostos na impugnação administrativa, renovando-os para reforçar a respectiva pretensão recursal, postulando ainda a necessidade de reforma do Acórdão recorrido.

Registre-se também que o presente processo encontra-se apensado ao processo n. 19515.720151/2011-77(e-fl.686) para julgamento conjunto.

Após, os autos foram encaminhados ao CARF para apreciação e julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

O Recurso é tempestivo e interposto por parte legítima, atendendo aos requisitos de admissibilidade. Logo, dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, a Recorrente alega a ocorrência de decadência, do crédito tributário em análise. A DRJ afastou a referida alegação por entender aplicável a inteligência do art. 173, II do CTN:

No tocante ao lançamento objeto da presente autuação, não há como acolher os argumentos expendidos quanto à decadência. Isto porque, no caso, trata-se de lançamento de ofício decorrente de auto de infração declarado nulo por vício formal, conforme Acórdão n.º 14-16.664 da 5ª Turma de Julgamento desta Delegacia de 10/08/2007. Nesses casos, a contagem do prazo decadencial segue o comando do inciso II do artigo 173 do CTN:

"Artigo 173: O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

Como se infere dos autos a contribuinte era participante do Simples Federal, e após verificações fiscais teria sido excluída do sistema simplificado sujeitando-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Entretanto, como salientado no Acórdão n.º 14-16.664 da 5ª Turma de Julgamento desta Delegacia, o lançamento original foi considerado nulo, por vício formal, em virtude de o auto de infração ter sido lavrado "...sem a prévia emissão do competente Ato Declaratório de exclusão da pessoa jurídica do Simples..."

Aqui, portanto, temos alguns pontos de discussão: (i) é possível discutir nessa esfera de julgamento a qualificação atribuída pelo referido acórdão? (ii) se positiva a resposta, tratou-se de nulidade por vício formal?

De minha parte, entendo que não é possível discutir nesse momento o teor do acórdão n. 14-16.664, haja vista que eventual discordância deveria ter sido suscitada em momento processual oportuno, dentro do prazo de 30 dias da intimação do acórdão, nos termos da legislação de regência.

Neste aspecto, considerando-se que o auto de infração precedente foi declarado nulo por vício formal, **importa apenas aplicar os efeitos da legislação de regência**, mormente o disposto expressamente no inc. II do art. 173 do CTN:

"Artigo 173: O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

Assim, considerando-se que a decisão que decretou a nulidade do lançamento anterior tornou-se definitiva em **30/06/2010** com a intimação do Acórdão que não conheceu do Recurso de Ofício, verifica-se que o novel lançamento deu-se dentro do lustro decadencial, conforme bem exposto pela DRJ:

Do resultado deste julgamento foi dada ciência à contribuinte por Edital em 21/12/2007. Ao mesmo tempo houve interposição de recurso de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Do resultado do recurso de ofício foi dada ciência à contribuinte, por Edital, em 30/06/2010.

Desse modo, a ciência do auto de infração pela autuada, ocorrida em 30/06/2011, foi efetuada em prazo inferior a cinco anos da data da ciência do acórdão que anulou por vício formal o lançamento anterior, ou seja, em 30/06/2010 (fl. 490).

Por tais motivos, **afasto a alegação de decadência suscitada.**

A Recorrente alega ainda a nulidade por cerceamento de defesa, haja vista que a fiscalização não teria possibilitado à recorrente juntar documentos no prazo em que os mesmos seriam possíveis. Assim, defende ela:

Da análise do contexto e inteligência da própria lei 9874/99, notadamente quanto aos princípios e direitos dos administrados, revela-se inaceitável e nulo o processo administrativo que não assegure a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal, sendo inadmissível a impossibilidade de a parte juntar documentos e produzir provas.

Em que pese o inconformismo da Recorrente, entendo que razão não lhe assiste.

Isso porque o art. 59 do Decreto n. 70.235/72 dispõe que:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Contudo, o processo administrativo propriamente dito somente se inicia com a apresentação da Impugnação, nos termos do art. 14 do mesmo Decreto: **A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.**

E mais, o art. 15 indica expressamente que 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.

Assim, iniciado o processo administrativo, o contribuinte tem a possibilidade de apresentar sua impugnação e todos os documentos que entenda necessário para o convencimento dos julgadores administrativos. Além disso, caso os documentos sejam considerados suficientes, a consequência é o cancelamento do auto de infração.

Embora o ideal seja a ampla colaboração entre o fisco e o contribuinte durante a fase inquisitória, buscando a melhor solução para as questões fiscais, a ampla defesa somente se manifesta com o início do processo, ou seja, com a apresentação da impugnação.

Sobre este ponto, cirúrgica a manifestação da DRJ:

No tocante a juntada de documentos, cumpre destacar, que a Contribuinte foi excluída do Simples Federal em 07 de agosto de 2006, por ter sua receita bruta no ano-calendário de 2002 ultrapassado o limite legal para permanência no referido sistema simplificado, como se vê do Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO n.º 110, de fl. 491.

A fiscalização apurou que a contribuinte no ano calendário de 2002 obteve receita bruta superior ao limite para permanência no SIMPLES. Foi efetuada a Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES no Processo n.º 19515.003099/2005-42 e em seguida emitido o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO n.º 110 de 07 de agosto de 2006, à fl. 491, para exclusão da empresa, com efeito a partir de 01/01/2003.

O processo relativo a Exclusão do SIMPLES, por falta de apresentação da manifestação de inconformidade por parte da contribuinte, foi remetido para o arquivo Geral da GRA-SP.

Portanto, como ressaltado no item 4 do ADE n.º 110/2006, a exclusão tornou-se definitiva.

Após a exclusão da Contribuinte do Simples, cujo efeito seria a partir de 01/01/2003, foi dada autorização para reabrir-se a fiscalização relativa ao ano-calendário de 2003.

Somente em 28 de março de 2011 a Contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização, conforme AR de fl. 501.

E o Auto de Infração foi lavrado e cientificado em 30/06/2011 conforme Edital de fls.599/600.

Portanto, teve a Contribuinte quase cinco anos para juntar a documentação solicitada nas diversas intimações formuladas pela fiscalização, ou seja, tempo mais que suficiente para readequar sua contabilidade.

Assim, **afasto** a referida alegação.

Alega ainda que o auto de infração resta comprometido também, **pois houve retroatividade para, por presunção, validar a constituição de crédito tributário**, alcançando fatos preteridos ocorridos antes do pressuposto de fato e da vigência da norma que estabeleça, porventura, a malsinada exclusão do simples da recorrente.

Contudo, **entendo que esse argumento se encontra prejudicado.**

Referida argumentação foi acolhida pelo acórdão n. 14-16.664 da 5ª Turma de Julgamento que considerou o lançamento original nulo, por vício formal, em virtude de sua

lavratura ter ocorrido “...sem a prévia emissão do competente Ato Declaratório de exclusão da pessoa jurídica do Simples...”.

Na sequência, a Recorrente alega que não foi demonstrado pelo Sr. AFRF que poderia realizar o lançamento na modalidade de arbitramento. Acresce que o lançamento com base no lucro arbitrado é excepcional e como tal deve ser tratado e, somente nos casos em que perfeitamente preenchidos os requisitos legais, é que poderá ser realizado o lançamento com base no lucro arbitrado.

Sobre este ponto, **sem razão a recorrente.**

Como bem indica a decisão recorrida, consoante o disposto no artigo 16 da Lei n.º 9.317 de 1996, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES **sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas:**

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

No caso, o Ato Declaratório Executivo DICAT/DERAT/SPO n. 110/2006 indicou a exclusão da Recorrente do Simples:



Ministério da Fazenda



Receita Federal

Fl. 491

4

Processo nº 16151.000424/2006-84
FARDOCOTTON INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
R AVIADOR BARROS, 119 - VL DAS MERCÊS - SÃO PAULO -SP
CEP: 04162-070

Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO, nº 110, de 7 de agosto de 2006.

Declara excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) o contribuinte que menciona.

O CHEFE DA DIVISÃO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO TRIBUTÁRIO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO, no uso das atribuições que lhe confere o Art. 1º da Portaria de Delegação de Competência nº 199, publicada no DOU em 02 de setembro de 2003, declara:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2003 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: FARDOCOTTON INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
CNPJ: 03.487.446/0001-80 Data da opção pelo Simples: 28/10/1999

Situação excludente (evento 321):

- Descrição: Receita bruta no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal.
- Data da ocorrência: 31/12/2002
- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, II; art.12; art. 14, I; art.15, IV. Lei nº 9.779, de 19/01/1999: art. 6º. Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003: art. 20, II; art. 21; art. 23, I; art. 24, IV, c/c parágrafo único.

Art. 2º A exclusão do Simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.

Art. 3º Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples, ao Delegado da Receita Federal de Julgamento, por meio de manifestação de inconformidade por escrito, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do Simples tornar-se-á definitiva.

Edwar Marchetti
Matrícula 12.124

CHEFE DA DICAT/DERAT/SP

Competência Delegada pela Portaria nº 199 de 29/08/2003

Conforme bem indicado no acórdão recorrido, a fiscalização, após intimar e reintimar a Contribuinte a apresentar, os livros contábeis e fiscais exigidos por lei, sem êxito, corretamente, arbitrou o lucro, já que foi constatado que a empresa não possuía registros contábeis de sua movimentação comercial e financeira/bancária, situação esta que autoriza o arbitramento do lucro, com fulcro no art. 530, II, RIR/99:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária;

Assim, entendo **como correto o arbitramento realizado pela autoridade fiscal.**

Quanto à alegação da confiscatoriedade da multa, tal alegação **não merece guarida**, haja vista o disposto na Súmula CARF n. 2:

Súmula CARF n.º 2

Aprovada pelo Pleno em 2006

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão n.º 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão n.º 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão n.º 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão n.º 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão n.º 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão n.º 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão n.º 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão n.º 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão n.º 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão n.º 204-00115, de 17/05/2005

Quanto **ao mérito da multa**, a Recorrente alega que deixou a fiscalização de apresentar os motivos, as razões e o fundamento para que diante do fato que possa ser imputado à recorrente como infração à legislação, desencadeasse a penalidade agravada de 150% , conforme exige até mesmo o artigo 957 do RIR que estabelece multa de ofício de 75%, sendo que somente é aplicável a Multa de 150% quando ficar comprovado pela fiscalização e evidenciada a má-fé e o intuito de fraude definido nos artigos 71 a 73 da Lei 4502/64, o que, no caso, segundo entendeu a Recorrente, não foi demonstrado pela fiscalização.

Porém, segundo consta do Auto de Infração a qualificação da multa se deu pelos seguintes fundamentos:

No ano-calendário de 2003, a auditada praticou operações irregulares com evidente intuito de sonegação, ao registrar por notas de vendas registradas por valores inferiores aos das 1^{as} vias (item 3.4 retro), conforme disposto no artigo 71 da Lei n.º 4.502/64, acima reproduzido. Conseqüentemente, as infrações apuradas referentes a estas omissões serão penalizadas com a multa qualificada de 150%.

Consta ainda do Termo de Verificação Fiscal:

3.4 – NOTAS DE VENDAS REGISTRADAS POR VALORES INFERIORES AOS DAS 1^{as} VIAS:

A circularização realizada em alguns clientes do contribuinte mostrou que o mesmo emitiu notas fiscais de saídas em valores superiores aos registrados no Livro Registro de Saída. Ressalta-se que as notas fiscais originais não foram apresentadas (foi apresentado o Boletim de Ocorrência de Ocorrência). Mesmo assim, ficou evidenciado que a empresa, ao longo do ano-calendário de 2003, emitiu notas fiscais por um valor nas 1^{as} vias que foram enviadas aos clientes e registrou no Livro Registro de Saídas, valores bem inferiores aos verdadeiros (**geralmente 10% do valor original**), conforme quadro abaixo (valores em reais):

A meu ver, diferentemente do que sustenta a Recorrente, resta evidenciado do auto de infração as razões pelas quais o fiscal entendeu deveria a multa incidir no patamar de 150%.

Sobre este tema, tenho me pronunciado quanto à necessidade de a fiscalização demonstrar o dolo específico. No caso, a meu ver, a Fiscalização se desincumbiu de seu ônus quando demonstrou que a Recorrente emitia nota de saída em um valor e registrava contabilmente outro, devendo-se, **portanto, ser mantida a multa qualificada.**

Entretanto, entendo **cabível a redução da multa ao patamar de 100%, por aplicação retroativa da Lei n. 14.689/2023**, com fundamento no art. 106, II do CTN.

Ante todo o exposto, afasto as preliminares arguidas e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso voluntário apenas para reduzir a multa de ofício ao patamar de 100%.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz