



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

Processo nº 19515.721027/2013-91
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1401-001.781 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ e outros - arbitramento
Embargante MONDEO COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. CABIMENTO.

São cabíveis Embargos de Declaração para suprimir contradição e suprir omissão de acórdão.

Os Embargos são acolhidos apenas para integrar os fundamentos eivados de contradição e/ou omissos, quando as contradições e as omissões constatadas não tiverem o condão alterar a decisão embargada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, a ACOLHER os embargos para rerratificar o Acórdão embargado, SEM EFEITOS INFRINGENTES, apenas alterando a parte dispositiva para espelhar adequadamente o que ficou decidido na sessão de dezembro de 2015, nos termos do voto do relator.

(Assinado Digitalmente)

Antônio Bezerra Neto - Presidente

(Assinado Digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Bezerra Neto (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Livia De Carli Germano, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa (Relator), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Abel Nunes de Oliveira Neto e Aurora Tomazini de Carvalho.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela empresa MONDEO COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA contra a decisão proferida no Acórdão nº 1401-001.439 (fls. 5.419/5.432), de 09 de dezembro de 2015, que, por unanimidade de votos, não conheceu do recurso em parte, em face da preclusão e, na parte conhecida, negou provimento ao recurso, nos seguintes termos: a) por unanimidade de votos, negou provimento em relação ao ano-calendário de 2008; e b) por maioria de votos, negou provimento em relação ao ano-calendário de 2009. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano. Abaixo, reproduzo a ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ
Ano-calendário: 2008, 2009.

IRPJ - ARBITRAMENTO - NÃO ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES –
CABIMENTO.

O imposto devido no decorrer do ano-calendário será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou apresentar escrituração em desacordo com a legislação comercial.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTARIO

Ano-calendário: 2008, 2009

Multa de Ofício. Qualificada. Aplicabilidade

A prática, reiterada, de subtrair ao conhecimento da Fazenda Pública as Receitas de sua própria atividade econômica e, conseqüentemente, de declarar tributos e contribuições federais em montantes muito inferiores aos devidos, descaracteriza o caráter fortuito do procedimento da contribuinte, sendo aplicável a qualificação da multa de ofício de 150%.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC.

A partir de abril de 1995, sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados com base na taxa SELIC (Sumula CARF nº 4).

Ainda no Acórdão ora embargado, a decisão foi assim descrita:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso em parte, em face da preclusão e, na parte conhecida, NEGAR provimento ao recurso, nos seguintes termos: a) por unanimidade de votos, NEGAR provimento em relação ao ano-calendário de 2008; e b) por maioria de votos, NEGAR provimento em relação ao ano-calendário de 2009. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano. (gn)

O auto de infração trata do lançamento do IRPJ e CSLL (lucro arbitrado) e a contribuição para o PIS e a COFINS (regime cumulativo), dos anos de 2008 e 2009, em decorrência de exclusão da embargante do SIMPLES NACIONAL, por excesso de receita em relação ao limite legal no ano de 2007, que gerou efeitos a partir de 01 de janeiro de 2008. A referida exclusão se deu por meio do Ato Declaratório Executivo - ADE DERAT/DIORT/EQRES nº 03/2013.

Em seu arrazoadado (fls. 5.448), sustenta a ora embargante que, no r. Acórdão, houve contradição e omissão sobre dois pontos. É de se observar, entretanto, que os argumentos que geraram as alegadas contradição e omissão somente foram trazidos pela ora embargante em sede de Recurso Voluntário. Nos Embargos, pugnou pelo que segue:

a) Corrija a **CONTRADIÇÃO** apontada entre o resultado do julgamento e o teor do voto condutor, fazendo constar no acórdão que a alegação de erro na apuração de base de cálculo em relação ao ano de 2009 foi conhecida e contou com votos favoráveis, embora tenha sido rejeitada por maioria.

b) supra a **OMISSÃO** descrita, manifestando-se sobre a alegação de ilegalidade na apuração do PIS e COFINS suscitada no recurso voluntário.

Assim, pugna pelo conhecimento e posterior provimento dos embargos interpostos.

Na análise de admissibilidade de embargos, assim me manifestei:

Contradição

Aparentemente, a parte não conhecida (por preclusão) do recurso voluntário trata da "*Arguição inovadora – Alegação de erro na apuração da base de cálculo dos tributos referentes ao ano-calendário de 2009*", em que a embargante pleiteou pela necessidade de ato de exclusão do simples também para o ano de 2009, uma vez que o ADE de exclusão do simples somente teria validade para o ano-calendário subsequente ao ano em que apurou excesso de receita em relação ao limite legal, que, no caso concreto, somente teria efeitos para o ano-calendário de 2008.

Entretanto, segundo a embargante, a matéria acima foi conhecida pela turma, apesar de ter sido negado provimento quanto a este ponto, por maioria de votos, conforme se observa da leitura de trecho dos Embargos de Declaração propostos:

17. E foi nesse ponto que se deu o erro na apuração da base de cálculo arguida no RV, já que, não tendo sido excluída do Simples para o ano de 2009, caberia à fiscalização apurar os tributos supostamente devidos nesse ano observando a sistemática de apuração do Simples Nacional.

18. No entanto, apesar da ilegalidade na apuração da base de cálculo do tributo, no dia da sessão de julgamento, após acalorado debate, houve pedido de vista em mesa para específica avaliação dessa questão, sendo a sessão retomada após intervalo.

*19. Depois de retomada a sessão, os d. conselheiros **CONHECERAM** da alegação de erro na base de cálculo em*

relação ao ano de 2009, apesar de, por maioria, terem-na rejeitado no mérito, conforme consta na síntese do resultado de julgamento:

(...)

Com efeito, em análise do voto condutor do Acórdão ora embargado, verifica-se que houve contradição e/ou omissão quanto ao destacado no item "a" acima, como se pode observar:

1- Houve contradição na decisão caso a turma tenha decidido por reconhecer a "*Arguição inovadora – Alegação de erro na apuração da base de cálculo dos tributos referentes ao ano-calendário de 2009*", mas tenha negado provimento por maioria, pelo fato da decisão conter a redação "*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso em parte, em face da preclusão...*"; ou

2- Houve omissão no voto condutor da decisão caso a turma realmente tenha entendido que a alegação "*Arguição inovadora – Alegação de erro na apuração da base de cálculo dos tributos referentes ao ano-calendário de 2009*" tenha precluído, não a conhecendo por conseguinte, e a redação "*b) por maioria de votos, NEGAR provimento em relação ao ano-calendário de 2009*" se refira a outro argumento alegado pela empresa.

Omissão

Sustenta a embargante que a turma não enfrentou arguição quanto à necessidade de "*Exclusão de receitas de comercialização de mercadorias com tributação monofásica, substituída, isenta e alíquota zero da base de cálculo do PIS e da COFINS*" no Acórdão embargado.

(...)

Outrossim, verifica-se que o disposto no argumento trazido no item "b" acima pode ter sido omitido no Acórdão ora embargado, a não ser que este argumento não tenha sido reconhecido em razão da preclusão.

Nesse sentido, posso concluir que o Acórdão 1401-001.439 foi contraditório e/ou omisso quanto aos argumentos suscitados pela Embargante, cujos pedidos reproduzo novamente abaixo:

*a) Corrija a **CONTRADIÇÃO** apontada entre o resultado do julgamento e o teor do voto condutor, fazendo constar no acórdão que a alegação de erro na apuração de base de cálculo em relação ao ano de 2009 foi conhecida e contou com votos favoráveis, embora tenha sido rejeitada por maioria.*

*b) supra a **OMISSÃO** descrita, manifestando-se sobre a alegação de ilegalidade na apuração do PIS e COFINS suscitada no recurso voluntário.*

Com base nesse pronunciamento, o Presidente desta Turma proferiu despacho admitindo os embargos.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Relator

Os embargos foram opostos tempestivamente e deles tomo conhecimento.

Em sessão do dia 09/12/2015, foi proferida decisão no presente processo administrativo, consubstanciada no Acórdão 1401-001.439, em que, por unanimidade de votos, não conheceu do recurso em parte, em face da preclusão e, na parte conhecida, negou provimento ao recurso nos seguintes termos: a) por unanimidade de votos, negar provimento em relação ao ano-calendário de 2008; e b) por maioria de votos, negar provimento em relação ao ano-calendário de 2009.

A Embargante alega que há contradição e omissão no acórdão recorrido.

Contradição - erro na base de cálculo de 2009

Aponta que o acórdão é contraditório pelo fato de não haver sido mencionado no voto condutor que houve reconhecimento por parte dos conselheiros de que houve erro na apuração do ano de 2009 e contou com votos favoráveis, embora tenha sido rejeitada pela maioria.

Isto porque, segundo a Embargante, os conselheiros haviam reconhecido a matéria, por entenderem não preclusa, entretanto, negaram provimento ao recurso voluntário por maioria de votos.

Como não participei da sessão que julgou o presente caso, enxergo as seguintes situações quanto a este ponto:

1) Caso a turma tenha decidido conforme a Embargante justifica a contradição apontada, o que ocorreu foi que o Relator, assim como os demais conselheiros, reconheceram a matéria recorrida, por unanimidade, mas não deram provimento ao recurso, por maioria. Entretanto, em seu voto deveria constar o reconhecimento da matéria, o que não ocorreu. Veja o trecho do voto:

Arguição inovadora – Alegação de erro na apuração da base de cálculo dos tributos referentes ao ano-calendário de 2009

Conforme relatado, a contribuinte (ora recorrente), de maneira inovadora, arguiu a ocorrência de erro na apuração da base de cálculo dos tributos referentes ao ano-calendário de 2009.

Apesar de tal alegação não ter sido apresentada em fases processuais anteriores, a recorrente sustentou que a mesma poderia ser conhecida por este colegiado, por se tratar de matéria de ordem pública.

Não assiste razão a recorrente.

Eventuais erros na apuração da base de cálculo de tributos obviamente não se constituem matérias de ordem pública, razão pela qual alegações inovadoras dessa

natureza não podem ser conhecidas por este colegiado, por se tratar de matéria preclusa.

Assim sendo, não conheço da presente parcela do recurso voluntário.

Caso a Embargante estivesse correta, o que vislumbro é que o Relator não tenha incorrido em erro na parte expositiva do voto, mas sim no próprio voto condutor em que propôs afastar a alegação de erro na base de cálculo de 2009 por restar caracterizada a preclusão.

Isto porque, por hipótese, caso o Relator tivesse mantido entendimento pelo não reconhecimento da matéria, mas que tivesse sido vencido pela turma julgadora, necessariamente haveria de ser designado um redator para lavrar o voto vencedor quanto a este ponto, o que também não ocorreu.

Assim sendo, nesta primeira hipótese, deveria ser alterado o voto condutor do Relator no Acórdão para fazer constar o reconhecimento da matéria e, conseqüentemente, fazer constar que foi negado provimento ao Recurso Voluntário.

2) Alternativamente a isso, posso conjecturar que a parte expositiva não representa o que realmente tenha ocorrido na sessão de julgamento. Para isso, vislumbro situação em que a maioria dos conselheiros não tenha reconhecido a matéria, por preclusão, mas os 3 (três) conselheiros vencidos (Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano) teriam votado pelo reconhecimento de ofício da matéria e, por hipótese, em um segundo momento, votariam por dar provimento ao recurso voluntário, reconhecendo a necessidade de se emitir um Ato Declaratório de Exclusão do Simples para cada ano-calendário.

Nessa segunda hipótese, a parte expositiva deveria ser alterada para fazer constar que o erro na base de cálculo de 2009 foi matéria não conhecida pela turma, por maioria de votos.

Omissão - alegação de ilegalidade na apuração do Pis e da Cofins

Quanto ao segundo ponto levantado, alega a Embargante que o voto condutor do Acórdão recorrido é omissivo em relação à alegada tributação monofásica do PIS e da COFINS que possuiriam incidência concentrada em etapas anteriores, ou então alíquota zero.

Repise-se que tal argumento apenas surgiu por ocasião do Recurso Voluntário, ou seja, não houve a discussão sobre as alegadas operações por ocasião da Impugnação e do Acórdão proferido pela DRJ.

Embora esteja disposto no título que trata do erro na apuração da base de cálculo de 2009, a decisão recorrida mencionou, ainda que de forma tangencial, que “*eventuais erros na apuração da base de cálculo de tributos obviamente não se constituem matérias de ordem pública, razão pela qual alegações inovadoras dessa natureza não podem ser conhecidas por este colegiado, por se tratar de matéria preclusa*”. Ou seja, o novo argumento em relação ao PIS e à COFINS, por terem sido argumentados apenas por ocasião do Recurso Voluntário, estariam abrangidos pela preclusão nos termos do voto vencedor.

Além disso, na parte expositiva, há menção ao não reconhecimento de determinada matéria, por unanimidade de votos, que entendo contemplar a matéria aqui trazida.

Nesse sentido, posso concluir que a proposta do Relator de não reconhecimento da matéria aqui discutida foi acompanhada por todos os demais conselheiros, apesar de não constar no voto de forma mais aclarada.

Não obstante, como medida de oportunizar às partes do processo administrativo fiscal informação substancial, entendo que deverá constar no Acórdão recorrido que, por unanimidade de votos, a matéria aqui discutida não foi conhecida por estar preclusa.

Julgamento dos Embargos

Levado a julgamento na sessão de 14/02/2017, a turma afirmou, quanto à **"Contradição - erro na base de cálculo de 2009"**, que a situação 2 acima é a que foi votada na sessão de 09 de dezembro de 2015 (Acórdão nº 1401-001.439), que julgou o Recurso Voluntário da outrora Recorrente.

Repetindo, a maioria dos conselheiros da turma entendeu que a matéria que trata da necessidade de se emitir um Ato Declaratório de Exclusão do Simples para cada ano-calendário, que foi trazida somente no Recurso Voluntário, não deveria ser reconhecida, por preclusão. Na ocasião do julgamento do Acórdão, foram vencidos os conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano, que votaram pelo reconhecimento de ofício da matéria.

Desta forma, a parte expositiva do Acórdão foi contraditória, devendo ser corrigida.

Quanto à **"Omissão - alegação de ilegalidade na apuração do Pis e da Cofins"**, a turma afirmou que, na sessão de 09 de dezembro de 2015 (Acórdão nº 1401-001.439) ficou decidido, por unanimidade de votos, que a matéria trazida somente no Recurso Voluntário não merecia ser reconhecida, por preclusão.

Dessa maneira, deve-se alterar a parte expositiva do voto, fazendo constar que ambas as matérias discutidas aqui nestes Embargos não foram reconhecidas pela turma, sendo uma por maioria de votos (Contradição - erro na base de cálculo de 2009) e a outra por unanimidade de votos (Omissão - alegação de ilegalidade na apuração do Pis e da Cofins).

Diante do exposto, voto por ACOLHER os embargos declaratórios para rerratificar o Acórdão embargado, SEM EFEITOS INFRINGENTES, apenas alterando a parte dispositiva para espelhar adequadamente o que ficou decidido na sessão de dezembro de 2015, nos termos do voto do relator.

Assim, proponho a seguinte redação:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NÃO CONHECER do recurso quanto ao arbitramento em relação à alegação de falta de Ato Declaratório de Exclusão para o ano de 2009 (erro na base de cálculo de 2009), por preclusão. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e Livia De Carli Germano, por entenderem que a matéria deveria ser reconhecida de ofício. Por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso quanto à

alegação de ilegalidade na apuração do PIS e COFINS, por preclusão, e, na parte conhecida, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, por unanimidade de votos.

(Assinado Digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa