



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

Processo nº 19647.008332/2005-88
Recurso nº 153.676 Embargos
Acórdão nº 1202-00.125 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS
Embargante DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA.
Interessado SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA DA SEGUNDA CÂMARA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO CARF (ANTIGA OITAVA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

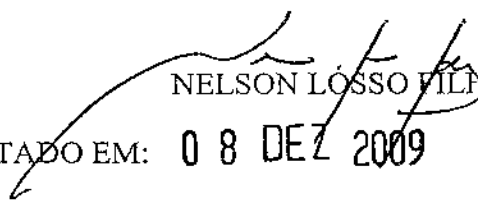
Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO – PRESSUPOSTOS - As obscuridades, dúvidas, omissões ou contradições contidas no acórdão podem ser saneadas por meio de Embargos de Declaração.

SUSPENSÃO DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - Incabível a alegação de cerceamento do direito de defesa quando respeitado o rito procedimental previsto na legislação tributária para a exclusão do SIMPLES, com a edição regular do ato declaratório excludente e logo após a lavratura de auto de infração para a exigência dos tributos.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos opostos para suprir a omissão apontada, sem contudo, alterar a decisão consubstanciada no acórdão nº 108-09.191 de 24/01/2007, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


NELSON LÓSSO FILHO – Presidente e relator

EDITADO EM: 08 DEZ 2009

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros : Cândido Rodrigues Neuber, Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno e Nelson Lósso Filho (Presidente).



Relatório

Após o despacho da Presidente desta Colenda Câmara, fls. 720, retornam os autos para exame do pedido formulado pela embargante, com base no art. 57 do Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, denominado de “Embargos de Declaração”, por entender o peticionário existir omissão no Acórdão nº 108-09.191, prolatado na sessão de 24/01/2007, apresentando em seu arrazoado de fls. 664/671 o seguinte:

“Evidente que, embora os fundamentos contestando o ato declaratório, não pudessem ser debatidos nos presentes autos, poderia, sim, a preliminar ter sido analisada e votada haja vista que, antes da exclusão do simples, deveria ter sido lavrado o auto de infração, que em tese conteria a mesma matéria de fato e de Direito, logo a litispendência é comprovada.

No entanto, enquanto o auto de infração foi lavrado em 13.12.2005 a exclusão se deu em 12.08.2005, ou seja, antes de constituído o crédito tributário, pelo que jamais a embargante poderia contestar o inexistente, que seriam as diferenças tributáveis e que implicariam na exclusão do simples.

Complementando a preliminar, a embargante transcreveu no recurso voluntário: Ora, o ato administrativo que excluiu o impugnante do simples, conforme documento acostado, foi publicado no Diário Oficial da União em 22.08.2005; todavia, a forma de intimação prevista no Decreto nº 70.235/72 é diversa, como se lê no art. 23, incisos I, II e III;

Não houve essa forma de intimação, como previsto no Decreto nº 70.235/72, muito menos o edital foi publicado por imprensa oficial local, muito menos há provas nos autos de que tenham resultado improficuos os meios de intimação pessoal ou via postal.

A lavratura dos autos de infração, acostados, implicou em cerceamento de defesa, por ofensa ao princípio do devido processo legal, sendo nulos os referidos autos nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, por se tratar de nulidade absoluta.

Evidente que, sendo nulos os autos de infração, no caso, porque não poderiam ser lavrados, o impugnante cadastrado no SIMPLES não poderia ser tributado pelo lucro real, pior ainda com arbitramento do lucro.

Em que consiste a omissão objeto dos presentes aclaratórios? No que está escrito no recurso voluntário e não foi analisado e decidido: Como poderia o recorrente manifestar no prazo de 30 (trinta) dias a sua inconformidade se não foram apresentados, numericamente, as diferenças de tributação representativas da sua exclusão?



Quais os prejuízos sofridos pelo recorrente? Justamente não ter conhecido antes da lavratura do auto de infração as diferenças tributáveis, cujas diferenças se não merecessem explicações na impugnação de exclusão do SIMPLES poderiam ter sido objeto de parcelamento espontâneo, na forma do art. 138 do CTN, liberando o recorrente de multa punitiva, principalmente, o que não pôde ser feito depois de lavrado o auto de infração, quando, então, foram expostas diferenças tributáveis com a exclusão do SIMPLES.

Mais do que comprovado que a exclusão do SIMPLES, por ser desmotivada, importou em nulidade do lançamento tributário.

Tem-se, portanto, que na impugnação à exclusão do SIMPLES, o recorrente estava impedido de fazer essa impugnação à mingua de alimentos representativos das diferenças tributáveis constantes do presente auto de infração e ficou impedido de exercer, se fosse o caso, a denúncia espontânea.

a) pronunciamento sobre o fato de o auto de infração ter sido lavrado após a exclusão do SIMPLES, quando deveria ter sido o contrário, primeiro constituído o crédito tributário e depois a exclusão do SIMPLES para que a embargante pudesse, com conhecimento de causa, impugnar a exclusão do SIMPLES;

b) pronunciamento sobre o fato de a ora embargante, não tendo exercido o seu direito de impugnação da exclusão, pelo fato de desconhecer as diferenças tributáveis, ter direito ao julgamento dessa preliminar no recurso voluntário, uma vez que antecede ao julgamento de mérito e não se constitui matéria de mérito, como consta do acórdão embargado."

No julgamento do mérito, deliberou esta Câmara "por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas pelo recorrente e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de 150% para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Relatora) e Fernando Américo Walther (Suplente Convocado). Designado o Conselheiro Margil Mourão Gil Nunes para redigir o voto vencedor", como consta registrado naquela ata de julgamento, traduzida na folha de rosto do acórdão recorrido, fls. 625.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Nelson Lósso Filho, Relator

Vieram-me os autos, em atendimento ao despacho da Presidente desta Câmara, fls. 720, para que seja examinado o pedido manifestado pela Embargante às fls. 664/671, que vislumbrou ter ocorrido omissão no voto, conforme consta do Relatório.

Acolho os embargos em virtude de restar configurada a omissão apontada.

Vejo que o posicionamento adotado pela decisão do acórdão embargado foi resumido pela seguinte ementa:

"CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE - Não compete à autoridade administrativa decidir sobre a legalidade ou a constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

PAF - PRINCÍPIO INQUISITÓRIO x CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco de provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato imponível, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios, segundo determine a regra aplicável ao caso, sendo esta fase privativa da autoridade lançadora. O contraditório se instala com a impugnação.

PAF - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA - Na função de aplicador da lei não pode, o julgador tributário, esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como "vetores interpretativos". "O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei - que disciplina o tributo - ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional". (Aliomar Baleeiro).

PAF - NULIDADES - Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PAF - NULIDADES - CIENTIFICAÇÃO - A partir da edição da Lei 11.196/2005, que inseriu o § 3º no artigo 23 do Decreto



70235/1972, os meios de intimação não comportam mais benefício de ordem.

PAF – PERÍCIA – REALIZAÇÃO – A perícia tem por fim dirimir dúvidas quanto à matéria de fato, servindo para firmar o convencimento do julgador, não sendo o fórum para discussões jurídicas. A produção de provas que afastaria a materialidade detectada no procedimento fiscal caberia ao sujeito passivo, que durante todo procedimento foi silente quanto à materialidade do ilícito.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO – Havendo exclusão de ofício do sistema integrado, através de ato declaratório executivo, sem impugnação, a exclusão se torna definitiva no âmbito administrativo.

IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – FORMA DE APURAÇÃO DE RESULTADO – O arbitramento do lucro não é penalidade, sendo apenas mais uma forma de apuração dos resultados. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, prevê a incidência do IRPJ sobre três possíveis bases de cálculo: lucro real, lucro arbitrado e lucro presumido. A apuração do lucro real, parte do lucro líquido do exercício, ajustando-o, fornecendo o lucro tributável. Na apuração do lucro presumido e do arbitrado, seu resultado decorre da aplicação de um percentual, previsto em lei, sobre a receita bruta conhecida, cujo resultado já é lucro tributável.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – DESCABIMENTO – Sobre os créditos apurados em procedimento de ofício só cabe a exasperação da multa quando restar tipificada a hipótese de incidência do artigo 1º inciso I da Lei 8137/1990. No caso dos autos se aplica a multa de ofício do inciso primeiro do artigo 44 da Lei 9430/1996.”

No corpo do voto, os fundamentos apresentados pela Relatora, Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, estão assim descritos:

1

“Vieram às razões nas duas versões apresentadas arguindo, em síntese, vícios formais que prejudicariam o procedimento implicando na nulidade do mesmo.

A preliminar se confunde com o mérito da questão. A permanência no sistema dependeria de a recorrente ter atendido aos preceitos da legislação de regência. Como tal não sucedeu foi excluída, através de rito próprio, não impugnado, conforme dito na decisão recorrida.

Os fundamentos contestando o Ato Declaratório de Exclusão e seus efeitos, não é matéria de litígio nestes autos, portanto prejudicados restam os argumentos expendidos nas razões recursais. (Até porque a competência para seu conhecimento é cometida ao 3º Conselho de Contribuintes).

Ofereceu a recorrente, nos dois momentos processuais, preliminares, que por sua natureza tratam, na verdade do mérito



do litígio. Todo seu arrazoado leva à tese de inconstitucionalidade e ilegalidade no procedimento.

Todavia, o controle do ato administrativo nesta instância visa testar a sua validade e se este obedeceu ao rito estabelecido em lei para sua eficácia."

Sustenta o acórdão de primeira instância que a pessoa jurídica teve respeitado todos os prazos previstos na legislação tributária quanto à exclusão do SIMPLES, tendo sido cientificada pelo Termo de Ciência de Exclusão do SIMPLES. Só depois da publicação do Ato Declaratório Executivo nº 112/2005 é que o auto de infração para a exigência dos tributos foi lavrado.

Do acórdão de primeira instância extraio o seguinte excerto:

"- Conforme narrativa do autuante a empresa auferiu receitas de vendas comparativamente superiores aos valores declarados, inclusive nos anos de 2000 e 2003 a empresa declarou respectivamente todos valores zerados e como inativa. A prática da contribuinte de no período de outubro de 2000 a dezembro de 2003 declarar receita a menor e conseqüentemente recolher os tributos a menor, configura prática reiterada de infração à legislação tributária. Foi efetuada a Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES constante deste processo às fls. 01 a 04, e em seguida emitido o Ato Declaratório Executivo nº 112, de 12/08/2005, publicado no Diário Oficial em 22/08/2005, à fl. 104, excluindo a empresa do SIMPLES com efeito a partir de 01/10/2000.

- Diante da exclusão do SIMPLES da empresa autuada e de acordo com o art. 16 da Lei nº 9.317/96, aplicam-se às empresas excluídas as regras para tributação como 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.

Acerca da exclusão da empresa do sistema simplificado cabe salientar que consta no Ato Declaratório Executivo nº 112/2005, à fl. 104, que a contribuinte poderia apresentar a manifestação de inconformidade no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da data da ciência do ato, assim, a contribuinte foi cientificada pessoalmente no dia 25/08/2005 através do Termo de Ciência de Exclusão do Simples, à fl. 106. Neste termo a fiscalização concede o prazo de 30 (trinta) dias a partir da ciência do Termo para que a contribuinte apresente a sua manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão. Assim, não pode a impugnante alegar cerceamento do direito de defesa, pois a mesma teve conhecimento do Ato Declaratório Executivo e a oportunidade de se defender.

Contudo, no prazo de trinta dias da ciência da exclusão a contribuinte não apresentou sua manifestação de inconformidade contra a exclusão. De acordo com o art. 4º do



Ato Declaratório Executivo nº 112/2005, tendo em vista a falta de manifestação no prazo previsto no art. 3º, a exclusão tornou-se DEFINITIVA.

Assim, não cabe a análise do efeito do ato de exclusão efetuada pela contribuinte em sua impugnação apresentada apenas no dia 12/01/2006."

Sem reparos o posicionamento adotado pela Turma Julgadora, porque foi constatado em auditoria fiscal da pessoa jurídica a ocorrência de irregularidades relativas a omissão de receitas em montante elevado e a apresentação ao Fisco de declarações de rendimentos com valores zerados ou como inativa, o que levou à solicitação para sua exclusão do sistema de tributação simplificado.

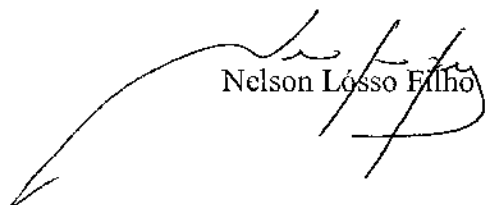
As conclusões do auditor foram acolhidas pela autoridade competente, sendo emitido o ato declaratório executivo excludente.

Como consta dos autos, a empresa foi cientificada em 25/08/2005 do Ato Declaratório Executivo nº 112/2205, fls. 104, por meio do Termo de Ciência de Exclusão do SIMPLES, não se manifestando a respeito do mesmo, restando, portanto, consolidado seus efeitos.

Cabia à empresa a contestação das infrações alegadas pela fiscalização para sua exclusão do SIMPLES. A lavratura do auto de infração antecipadamente à exclusão do SIMPLES, como argumenta a autuada, estaria incorreta, pois só depois da edição e publicação do ato declaratório excludente é que a empresa passaria a ser tributada como as demais pessoas jurídicas.

Tendo sido respeitado o rito procedimental previsto na legislação tributária para a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, incabível a alegação de que deveria ter sido primeiramente lavrado o auto de infração e só depois o ato declaratório excludente, devendo ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de acolher dos embargos opostos para suprir a omissão apontada, sem, contudo, alterar a decisão consubstanciada no Acórdão nº 108-09.191, prolatado na sessão de 24/01/2007.


Nelson Lósso Filho