



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.010772/2009-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-008.141 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de junho de 2020
Recorrente REAL FÁCIL INTERM. DE CRÉDITO LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FASE PROCESSUAL.

O inciso LV do art. 5º da CF/88 garante o direito ao contraditório e à ampla defesa no contencioso administrativo, que se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2005

ARGUMENTOS DE DEFESA. COMPROVAÇÃO

Não devem ser acatados os argumentos de defesa que não forem acompanhados de documentos contábeis e fiscais que comprovem sua legitimidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior, Marco Antonio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro, Breno do Carmo Moreira Vieira e Winderley Moraes Pereira (Presidente).

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância:

“Tratam os autos de lançamentos de Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) consubstanciados nos autos de infração às fl. 36/60, referentes a fatos geradores ocorridos no ano-calendário 2005, com crédito tributário total de R\$ 133.602,78, assim distribuído:

Cofins - R\$ 109.810,48;

PIS - R\$ 23.792,30.

Consoante descrição dos fatos contida nos autos de infração, os lançamentos decorreram de procedimento de revisão interna de declaração, onde foi verificada a falta de recolhimento e/ou declaração na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) de tributos devidos referentes ao ano-calendário 2005, o que foi constatado pelo cotejo entre os valores informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) e os montantes informados na DCTF. As apurações do PIS e da Cofins não recolhidos/confessados em DCTF constam dos demonstrativos às fls 36/39 e 49/52, respectivamente.

Durante a fiscalização o sujeito passivo foi intimado (fl. 03 4) e reintimado (fl. 06) a esclarecer as diferenças verificadas entre os dados do Dacon e das DCTF, porém não atendeu as intimações.

Cientificado dos lançamentos em 15/10/2009, conforme cópia do Aviso de Recebimento (AR) à fl. 62, o sujeito passivo apresentou a impugnação às fl. 66/74 em 16/11/2009, instruída com a procuração, documentos de identificação do procurador constituído e do mandante e a alteração contratual às fl. 75/79, onde argumentou, em síntese, que:

Preliminar - houve cerceamento do direito de defesa consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal, vez que:

Durante a fiscalização a autoridade fiscal sequer concedeu tempo para que apresentasse a documentação necessária; a notificação enviada por correio não indica o número do processo gerado, o que evidencia a dificuldade de acesso às informações que o contribuinte teve para elaborar sua defesa;

Não procede a informação de que o montante alcançado decorreu do cotejo da DCTF com o Dacon. Se assim fosse, a autoridade fiscal não precisaria ter solicitado documentos. A autoridade fiscal utiliza-se de uma presunção, que coloca em situação desigual o contribuinte e o Fisco, ferindo o princípio da isonomia garantido na Constituição Federal;

Mérito

O lançamento levou em consideração todas as receitas da impugnante, em acordo com o art. 3º, § 1º da Lei n.º 9.718/98.

Acontece que este dispositivo, que majorou a base de cálculo das contribuições, é inconstitucional, fato este reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme decisões proferidas nos Recursos Extraordinários (RE) n.º 390.840-5 - MG e n.º 346.084-6 - MG;

Mesmo com a entrada em vigor das Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2002, já sob a égide da Emenda Constitucional n.º 20/98, tributos (ICMS e/ou ISS) não podem compor a base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio do STF, relator no RE n.º 240.785-2 - MG, cujo julgamento está em andamento, mas com maioria acompanhando o relator;

Requer, ao final, que as preliminares sejam acatadas, e, se ultrapassadas, que se faça encontro das contas.

E o relatório.”

Em 22/02/10, a DRJ em Brasília (DF) julgou a impugnação improcedente e o Acórdão nº 03-35.626 foi assim ementado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FASE PROCESSUAL.

O art. 5º, inciso LV da CF/88 garante o direito ao contraditório e à ampla defesa apenas em fase de contencioso (ou seja, litigiosa), o que somente ocorre na esfera administrativa quando da apresentação de impugnação ao lançamento efetuado.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO.

É o administrador um mero executor de leis não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade do comando legal. A análise de teses contra a legalidade ou a constitucionalidade de normas é privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente.

LANÇAMENTO COM BASE EM DADOS DE DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERDADE.

Uma vez que o lançamento foi efetuado com base nos dados constantes dos Dacon, qualquer alegação de erro na composição da base de cálculo do tributo deve vir acompanhada de comprovação documental do erro cometido no preenchimento da declaração, vez que eles se presumem verdadeiros pois declarados pelo próprio sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Ano-calendário: 2005
LANÇAMENTO DECORRENTE DE MESMOS ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS.

Aplica-se ao lançamento do PIS O decidido para o de Cofins em função de decorrerem dos mesmos elementos fáticos e probatórios.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário em que rerepresenta os argumentos incluídos na impugnação e acrescenta que a decisão recorrida é nula, pois não foi assinada pelo relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Relator.

O recurso preenche os requisitos legais de admissibilidade e deve ser conhecido.

Trata-se de auto de infração lavrado para cobrança de diferenças de PIS e COFINS, identificadas por meio do cotejo entre DACON e DCTF do ano de 2005.

Em sede de preliminares, pleiteia a decretação da nulidade da decisão recorrida e do lançamento de ofício, pelos seguintes motivos:

- a) Na cópia do Acórdão, não consta a assinatura do relator.
- b) Houve cerceamento do direito de defesa, porque não foi concedido prazo para apresentação dos documentos que elidiriam a autuação.
- c) Não foi indicado o número do processo na notificação enviada pelo correio.
- d) O lançamento foi efetuado por presunção.

Afasto as preliminares.

Na cópia da última folha do Acórdão contestado, consta assinatura do relator (fl. 90), cumprindo com o requisito de validade previsto no inciso VI do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72.

Em relação aos demais argumentos, adoto trecho da decisão recorrida como razão de decidir (fls. 86 a 88):

“Preliminar

Não há que se falar em nulidade de lançamento por cerceamento do direito de defesa. O art. 5.º, inciso LV da CF/88 garante o direito ao contraditório e à ampla defesa apenas em fase de contencioso (ou seja, litigiosa), o que somente ocorre na esfera administrativa quando da apresentação de impugnação ao lançamento efetuado.

Art. 5.º. (..)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifei)

Nesse sentido também a Lei n.º 9.784/99, que ao estabelecer em seu art. 2.º que a administração pública obedecerá os princípios da ampla defesa e do contraditório, pretende determinar que tais princípios sejam cumpridos durante o processo administrativo, já que esta lei trata exclusivamente de regular o processo administrativo federal, conforme art. 1.º.

Não é diferente o art. 59, II do Decreto n.º 70.235/72 (PAF), que aplica o preceito constitucional no processo administrativo, estabelecendo a nulidade dos despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa, ou seja, das decisões que tenham deixado de abordar algum argumento trazido na peça impugnatória ou que tenham proferido julgamento desfavorável ao sujeito passivo com base em descrição dos fatos que não permitia o pleno exercício do seu direito à defesa.

Ressalto que a última hipótese do parágrafo anterior, qual seja, da descrição dos fatos que não permita a elaboração de uma defesa adequada pelo sujeito passivo, haja vista possuir inconsistência, incongruência ou qualquer outra questão que prejudique sua clareza, não enseja a declaração de nulidade do lançamento, pois pode ser saneado mediante diligência e devolução do prazo para a defesa do contribuinte. Não sendo possível o saneamento, tal fato ensejará apenas considerar o improcedente. Nulo por cerceamento do direito de defesa é, conforme dito acima, apenas o julgamento que, sem sanear a falta de clareza da descrição, seja desfavorável ao sujeito passivo, mas não o lançamento, consoante art. 59, II do PAF.

Ademais, na espécie, a descrição dos fatos é clara no sentido de que foi lançada a diferença entre o tributo apurado no Dacon e aquele confessado na DCTF. Inclusive, conforme demonstrativos, a autoridade fiscal procedeu a verificação da ocorrência de

confissão dos débitos em PER/Dcomp e dos recolhimentos registrados no sistema Sinal, adicionalmente à verificação da DCTF.

O próprio sujeito passivo demonstra ter entendido o motivo do lançamento, vez que coloca em dúvida a justificativa por considerá-la incompatível com a solicitação de documentos por intimação. Em outras palavras, se a motivação fosse a apresentada, o auto de infração poderia ter sido lavrado já com as informações em poder da Receita Federal, sem a necessidade da intimação.

Acontece que, em que pese o procedimento fiscal realizado ser de revisão interna de declaração, situação que autoriza a autoridade fiscal efetuar o lançamento com base exclusivamente nas informações internas do órgão se entender suficientes, conforme art. 835 do Decreto nº 3.000/99, o Auditor-Fiscal preferiu, de forma conservadora e tendente à busca da verdade material, dar oportunidade ao fiscalizado de esclarecer as divergências apuradas, que poderiam decorrer, por exemplo, de erro material de preenchimento das declarações. Louvável o proceder da autoridade administrativa no presente caso.

Logo, não há qualquer incompatibilidade entre a motivação do lançamento e a intimação efetuada.

Em relação à alegação de que o lançamento com a motivação apresentada é baseado em presunção, esta não prospera. Isto porque as informações utilizadas nos autos de infração foram fornecidas pelo próprio contribuinte em suas declarações entregues de forma espontânea, as quais, salvo melhor juízo, devem corresponder os registros constantes de sua escrituração.

O sujeito passivo argumentou também, como um dos motivos para o cerceamento do direito de defesa (que não existe na fase pré-processual, conforme visto), que durante a fiscalização a autoridade fiscal sequer concedeu tempo para que apresentasse a documentação necessária.

Ora, consta dos autos uma intimação às fl. 03/04 e uma reintimação à fl. 06, devidamente cientificadas ao fiscalizado, consoante as cópias dos AR às fl. 05 e 07, onde foram solicitados os esclarecimentos e documentos quanto às divergências verificadas (posteriormente lançadas). Contabilizando-se o prazo total entre a ciência da primeira intimação e a data final para o atendimento da reintimação, tem-se um prazo total concedido ao contribuinte de cerca de dois meses.

Além disso, considerando-se, ainda, o interregno ocorrido até a lavratura dos autos de infração (que ocorreu apenas em 07/10/2009), o prazo que o contribuinte teve para apresentar os esclarecimentos e documentos necessários foi de cerca de três meses.

Logo, não tem qualquer fundamento este argumento.

Por fim, ainda para justificar um eventual cerceamento do seu direito de defesa, o sujeito passivo alegou que a notificação (entenda-se os autos de infração) enviada por correio não indicou o número do processo gerado, o que evidenciou, a seu ver, a dificuldade de acesso às informações que o contribuinte teve para elaborar sua defesa. Não há exigência legal para que o auto de infração contenha a informação do número do processo administrativo. Basta ver os seus requisitos estabelecidos no art. 10 do PAF a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Além disso, os autos de infração recebidos são suficientes para um perfeito entendimento da motivação dos lançamentos e dos cálculos efetuados para determinar o tributo devido, como também para uma correta identificação dos fatos geradores. Os demais documentos que instruem os autos são as cópias das declarações entregues pelo sujeito passivo e as intimações, as quais são de pleno conhecimento por parte do sujeito passivo. Não há, portanto, razão para alegar que não pode elaborar sua defesa de forma satisfatória.

Quisesse o contribuinte ter acesso aos autos, bastaria ter comparecido à Delegacia da Receita Federal do Brasil conforme instruções contidas no corpo dos autos de infração (fl. 48 e 61), no endereço especificado. Para tanto, a informação do número do processo é desnecessária.

Preliminar rejeitada.”

Adentro no mérito.

Afirma que as diferenças apuradas pela fiscalização dizem respeito ao ICMS e ao ISS computados nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Alega que a ampliação das bases de cálculo do PIS e da COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 já teria sido declarada inconstitucional pelo STF, por meio do RE n.º 390.840-5/MG, do qual transcreve a ementa e trecho do voto do Ministro Marco Aurélio. Também traz a ementa do RE n.º 346.084-6/PR.

E que mesmo com a entrada em vigor das Leis n.º 10.637/02 e 10.833/03, o cômputo dos citados tributos nas bases das contribuições continuava ofendendo a CF, o que, à época, estava sendo julgado pelo STF, no RE n.º 240.785-2/MG, com voto favorável aos contribuinte já então proferido por mais de cinco ministros.

A recorrente não trouxe demonstrativos e documentos contábeis e fiscais que comprovassem que as diferenças que geraram os lançamentos referiam-se a ISS e ICMS computados nas bases de cálculo do PIS e COFINS, pelo que nego provimento aos argumentos.

Em suma, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Costa Marques d'Oliveira

