



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.724861/2014-88
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.299 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de março de 2021
Recorrente VANDERLUCIA DE DEUS ALVES - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

PROVA EMPRESTADA. CONVÊNIO. CONTRADITÓRIO.

Uma vez garantido o contraditório, com a interposição da impugnação que instaurou o processo administrativo, nada obsta a utilização de prova emprestada obtida mediante convênio.

OMISSÃO DE RECEITA. DECLARAÇÃO SUBSTANCIALMENTE INFERIOR. PRÁTICA REITERADA. SONEGAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Caracteriza sonegação, com a consequente imposição da multa qualificada, a constatação de que a receita declarada é substancialmente inferior à receita omitida, mormente quando isso constitui prática reiterada.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

ARBITRAMENTO. APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO.

A lei é absolutamente clara quanto à necessidade de se proceder ao arbitramento do lucro quando o contribuinte deixa de apresentar escrituração contábil-fiscal à autoridade tributária. A hipótese de imprestabilidade da escrita é outra e não foi a invocada pelo Fisco. Não é razoável a sua não apresentação depois de tantas reintimações.

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

Ano-calendário: 2010

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não tendo ocorrido o trânsito em julgado do RE n.º 574.706, que reconhece a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, uma vez pendente de apreciação o pedido de modulação de efeitos elaborado pela União Federal, ainda não se tornou definitiva aquela decisão, ao menos quanto a sua extensão temporal, revelando-se inviável a aplicação do precedente, de forma precária, aos fatos pretéritos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourão, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Sergio Abelson (suplente convocado(a)), Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por VANDERLUCIA DE DEUS ALVES - EPP contra acórdão que julgou improcedente a impugnação apresentada diante de autos de infração lavrados no âmbito da DRF/Goiânia.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Os autos de infração a folhas 03 a 53 exigem da atuada o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 2.977.899,55, assim discriminado:

	TRIBUTOS	JUROS DE MORA	MULTA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	342.695,99	118.263,63	514.044,00	975.003,62
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	160.765,39	55.549,85	241.148,10	457.463,34
Contribuição p/ Financiamento da Seg. Social (Cofins)	445.280,78	156.993,37	667.921,19	1.270.195,34
Contribuição p/ o Programa de Integração Social (PIS)	96.487,30	34.018,97	144.730,98	275.237,25

Descrição das infrações imputadas

Auto de infração de IRPJ

O atuante, fazendo remissão ao Relatório Fiscal a folhas 54 a 63, arbitrou o lucro da atuada do ano calendário de 2010, em virtude da falta de apresentação dos livros e documentos da sua escrituração. Atribui à atuada às infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese. Enquadramento legal do arbitramento: artigo 530, inciso III, do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda 1999 – RIR 1999.

OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE - RECEITA BRUTA MENSAL NA REVENDA DE MERCADORIAS – Valor apurado em virtude do confronto entre as receitas declaradas na DIPJ e as receitas informadas, pelo contribuinte, na Declaração Periódica de Informação(DPI) apresentada à Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010. Enquadramento Legal: art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 537 do RIR 1999.

Auto de infração de CSLL

O autuante, afirmando que se trata de lançamento decorrente de fiscalização do IRPJ e fazendo remissão ao Relatório Fiscal a folhas 54 a 63, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

OMISSÃO DE RECEITA – FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL DEVIDA SOBRE RECEITAS DA ATIVIDADE OMITIDA – Falta de emissão das notas fiscais referentes à revenda de mercadorias, caracterizando omissão de receitas da atividade. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010. Enquadramento Legal: Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010: Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; Art. 2º da Lei nº 9.249/95; Art. 29, inciso I, da Lei nº 9.430/96; Art. 22 da Lei nº 10.684/03; Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95 com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09.

Auto de infração de Cofins

O autuante, afirmando que se trata de lançamento decorrente de fiscalização do IRPJ e fazendo remissão ao Relatório Fiscal a folhas 54 a 63, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO - OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À COFINS– Omissão de receitas da atividade caracterizada pela falta de emissão das notas fiscais de revenda de mercadorias. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/03/2010.

Enquadramento Legal: Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010: Art. 8º da Lei nº 9.718/1998; Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; art. 2º da Lei nº 9.718/98; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95, com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09; Art. 3º da Lei nº 9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158- 35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945, de 2009.

Auto de infração de contribuição para o PIS

O autuante, afirmando que se trata de lançamento decorrente de fiscalização do IRPJ e fazendo remissão ao Relatório Fiscal a folhas 54 a 63, atribui à autuada a infração de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP – Omissão de receitas da atividade caracterizada pela falta de emissão das notas fiscais de revenda de mercadorias. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010. Enquadramento Legal: Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2010: Art. 1º da Lei Complementar nº 7/70; Arts. 2º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715/98; Art. 2º da Lei nº 9.718/98; Art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.715/98; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95, com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei nº 11.941/09; Art. 79, da Lei nº 11.941/2009; Art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945, de 2009.

Relatório Fiscal

No Relatório Fiscal o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

A empresa fiscalizada teve ciência em 12/03/2014 do Termo de Início do Procedimento Fiscal, lavrado em 06/03/2014, solicitando, entre outros documentos, os livros de apuração de ICMS e ISS. Tendo em vista o não atendimento ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, em 20/03/2014 foi lavrado o Termo de Reintimação Fiscal nº 2, cuja ciência ocorreu em 24/03/2014. Em 26/03/2014, o contribuinte solicita uma prorrogação de 45 dias para atender o Termo de Início do Procedimento Fiscal, sob a alegação que estaria próximo do prazo para entrega de declaração. Neste ponto frisa o autuante que esta fiscalização é em relação aos fatos geradores ocorridos em 2010, portanto sem vinculação com o ano-calendário 2013. Em 28/03/2014, foi lavrado o Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 3, negando o prazo de prorrogação e intimando o contribuinte a atender os itens do Termo de Início do Procedimento Fiscal em 5 dias úteis. A ciência deste Termo ocorreu em 02/04/2014.

Em 29/04/2014, foi lavrado um novo Termo de Reintimação Fiscal 4, cuja ciência ocorreu em 02/05/2014, também não atendido. Em 14/05/2014, foi lavrado novo Termo de Reintimação 5, neste ato o contribuinte também foi informado do novo endereço do Serviço de Fiscalização da DRF Goiânia, também não atendido até momento da lavratura do Auto de Infração. Desta forma ficou sujeita ao arbitramento dos lucros, conforme previsto no artigo inciso III, do artigo 530 do RIR/99.

Pela ocorrência, em tese, de Crime contra a Ordem Tributária previsto no artigo 1º da Lei 8.137, de 1990, o autuante formalizou a devida representação fiscal para fins penais, acompanhada dos respectivos elementos de prova, no processo nº 10120.724862/2014-22, em conformidade com o que determina a Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010.

A responsabilidade solidária, no âmbito das normas gerais e aplicável ao presente caso, é tratada no artigo 124, inciso I e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN). São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Conforme fartamente demonstrados na Declaração Periódica de Informação - DPI e notas fiscais eletrônicas em comparação às DCTF apresentadas, houve insuficiência no recolhimentos dos tributos objetos desta fiscalização.

Assim, atribui-se a responsabilidade solidária à Sra. Vanderlúcia de Deus Alves CPF nº 264.043.111-00, proprietária da empresa individual Vanderlúcia de Deus Alves-EPP, na época dos fatos narrados acima, conforme contrato social apresentado pela Junta Comercial do Estado de Goiás.

Cientificação do lançamento e impugnação apresentada

Conforme AR a folhas 153, a autuada foi cientificada dos lançamentos em 23/06/2014.

Em 14/07/2014, a pessoa jurídica autuada apresentou a impugnação juntada a folhas 164 a 181. Os enunciados seguintes resumem o conteúdo dessa impugnação.

- Embora a impugnante não houvesse localizado os livros contábeis e fiscais inerentes à sua atividade empresarial, não teve por parte do fisco a concessão de prazo razoável para apresentá-los, o que contraria orientação do CARF, que cita.
- O fisco deixou de considerar a condição de Empresa de Pequeno Porte, integrante do SIMPLES nacional, que segundo preceitos constitucionais, deve receber do estado tratamento beneficiado e diferenciado.

- As informações extraídas dos cadastros do fisco estadual não foram confrontadas pela autoridade fiscalizadora com outros elementos, tais como: auditoria de estoques, soma de notas e cupons fiscais, a fim de certificar-se acerca da veracidade das informações obtidas por empréstimo do ente estadual.
- Para se considerar que a receita bruta seja conhecida é indispensável que a mesma esteja devidamente comprovada através de documentação hábil e idônea, que nesse caso são as notas fiscais ou cupons fiscais; sem isso, qualquer afirmação não passa de especulação.
- As DPI supostamente emprestadas pelo Fisco Estadual não continham sequer autenticidade, muito menos certeza quanto ao valor real do faturamento a que alude o art. 532 do RIR/99.
- A Lei n.º 8.981/95, em seu art. 51, matriz legal do art. 535 do RIR/99, dispõe que o lucro arbitrado, quando não conhecida a receita bruta, será determinado através de procedimento de ofício, mediante a utilização de uma das oito alternativas de cálculo que enumera.
- A autuação se deu com base em informações transferidas pelo fisco estadual, através de meras cópias de planilhas eletrônicas, desacompanhadas de qualquer documento que ateste que os dados ali registrados tenham como origem informações prestadas pela impugnante ou representem efetivamente a sua receita bruta, o que contraria orientação do CARF, que cita.
- Além de as informações transferidas pelo fisco estadual não terem decorrido de outra infração, também não se submeteram, na esfera estadual, ao exercício do contraditório.
- A fiscalização deixou de proceder à exclusão do ICMS para fins de determinação da receita bruta.
- O ICMS, imposto cobrado do adquirente dos bens comercializados, não constitui faturamento ou receita desta, sendo, pois, receita pertencente ao Estado. Cobrar tributo sobre tributo é bis in idem, prática que entra em rota de colisão com a Constituição Federal. Prosseguindo, alega a suplicante: “Não obstante grande parte da discussão acerca da denominação de faturamento cingir-se às leis disciplinadoras do PIS e da COFINS, é oportuno lembrar que se o Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido são aferidos por presunção mediante aplicação de percentual que supostamente representam margem de lucro sobre o faturamento, não se pode ter conceito diametralmente opostos para a mesma matéria; faturamento deve representar a mesma grandeza econômica, seja para cálculo da COFINS e do PIS, seja para cálculo do IRPJ e da CSLL, com base no lucro presumido ou arbitrado.”
- A qualificação da multa de ofício somente tem lugar quando restar comprovada a presença de dolo, fraude ou simulação, o que não ocorreu no presente caso, que trata de presunção de omissão de receita estribada em frágeis indícios de provas, sem o condão de dar certeza quanto à sua efetiva ocorrência. Cita precedentes do CARF.
- A cobrança dos juros SELIC sobre a multa de ofício não pode prevalecer, eis que inexistente previsão legal para tanto, consoante se depreende da simples leitura do § 3º, do art. 61, da Lei n.º 9.430, de 1996.
- A incidência dos juros moratórios se dá apenas com relação ao principal, e não à multa, vez que o caput do aludido art. 61, quando se refere a "débito", restringe-se apenas ao valor dos tributos e contribuições, conforme vem decidindo o CARF. Cita precedentes.

Ante o exposto, requer a impugnante que seja recebida e conhecida a presente impugnação, por atender aos pressupostos legais, e, seja julgado nulo e ou totalmente improcedente o auto de infração ora em debate.

Caso, porém, seja mantido o principal, ou parte dele, que seja reduzida a multa de ofício para o seu patamar normal de 75% e, ademais, haja vista a inexistência de previsão legal, seja afastada a incidência dos juros Selic sobre a multa de ofício.

A DRJ/Belo Horizonte proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

ARBITRAMENTO DE LUCROS

Será arbitrado o lucro do contribuinte que, regularmente intimado, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal que estiver obrigado a manter em virtude do regime de tributação por ele adotado.

BASE DE CÁLCULO DO ARBITRAMENTO.

Deve se entender por receita conhecida não só a declarada pelo contribuinte, mas também aquela apurada pelo fisco a partir de informações coletadas durante a ação fiscal.

INFORMAÇÕES À FAZENDA ESTADUAL.

É lícito ao Fisco tomar como receita tributável no arbitramento os valores informados ao Fisco Estadual, pelo próprio contribuinte, como sendo sua própria receita.

RECEITA BRUTA. EXCLUSÕES. BASE DE CÁLCULO.

Os impostos que não integram a receita bruta são somente os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante e dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A reiterada apresentação de declarações à Secretaria da Receita Federal com valores zerados, ou com valores de receita significativamente inferiores aos apurados em ação fiscal, demonstram o inequívoco intuito de fraude, sujeitando o infrator à multa de ofício qualificada.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

É legítima a incidência de juros de mora, à taxa Selic, sobre o valor da multa de ofício proporcional, não paga no seu vencimento.

NULIDADE. LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não procedem as alegações de nulidade quando não se vislumbra nos autos nenhuma uma das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL - PIS - COFINS O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário no qual, essencialmente, repete as alegações contidas na impugnação. Acrescenta, no entanto, as seguintes ponderações: (i) não levantou qualquer preliminar de nulidade do auto de infração; (ii) reconhece que a jurisprudência administrativa não possui efeito vinculante, mas serve como paradigma apto a reiterar os seus argumentos e não pode ser desconsiderada; (iii) em momento algum se recusou a apresentar seus documentos contábeis e fiscais, tampouco informou sobre a inexistência de livros, apenas solicitou a concessão de prazo razoável; (iv) o Fisco foi no mínimo precipitado ao arbitrar o lucro porque este já era conhecido através da DIPJ (a jurisprudência entende que o Fisco não pode arbitrar nos casos em que existem elementos hábeis a demonstrar o lucro auferido); (v) haveria que se comprovar a imprestabilidade da escrita, a sua efetiva inexistência ou a recusa no seu fornecimento; (vi) os elementos constantes das informações prestadas ao Estado de Goiás são adequados apenas para o lançamento do ICMS; (vii) o Poder Judiciário também tem repellido o uso da prova emprestada; (viii) doutrina e jurisprudência já abarcaram a tese de que o ICMS deve ser excluído das bases de cálculo do PIS e da COFINS; (ix) da mesma forma, a jurisprudência entende que o ICMS não compreende o conceito de receita bruta para fins de aplicação dos lucros presumido e arbitrado; (x) as divergências de valores contabilizados e informados em DIPJ e DPI não são suficientes para a qualificação da multa; (xi) se quisesse cometer fraude com o intuito de sonegar tributos não teria prestado declarações ao fisco estadual; e (xii) para a conduta da qual é acusada, já existe a multa de 75% e a Súmula CARF n.º 14 sedimenta tal entendimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Com efeito, a recorrente tem razão quando alerta que não levantou preliminar de nulidade do auto de infração. Entretanto, o fato de a decisão recorrida ter se manifestado sobre esse tema não a torna nula nem prejudica a análise do feito nesta segunda instância.

Quanto ao fato de a jurisprudência administrativa servir como paradigma para seus argumentos, isto não invalida o que foi dito acerca de a mesma não possuir caráter vinculante. É mera pauta argumentativa que pode ou não influir na convicção do julgador. Aliás, como se verá, boa parte deste voto está fundada em precedentes administrativos.

No tocante aos demais questionamentos, não há muito mais a acrescentar além daquilo que já foi assentado pela instância *a quo*. O mais relevante será, então, enfrentar as questões adicionais trazidas com o recurso.

A autuação foi promovida com base na sistemática do lucro arbitrado porque a interessada não atendeu às diversas intimações para apresentação dos seus livros contábeis e fiscais. O art. 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda então vigente, aprovado pelo

Decreto n.º 3.000/99 (RIR/99) é absolutamente claro quanto à necessidade de se proceder ao arbitramento do lucro quando o contribuinte deixa de apresentar tais elementos à autoridade tributária. A hipótese de imprestabilidade da escrita é outra e não foi a invocada pelo Fisco. Dizer que em momento algum se recursou a apresentá-los ou informou sobre sua inexistência não altera essa circunstância. Dizer que o prazo concedido não foi razoável é ignorar o fato de que os elementos solicitados desde o início da fiscalização são documentos que já deveriam estar em sua posse. O que não é razoável é a sua não apresentação depois de tantas reintimações.

A interessada também se equivoca ao afirmar que era possível inferir o lucro a partir da DIPJ. Ora, a cópia da DIPJ espontaneamente apresentada (fls. 53 a 67) revela que a empresa havia optado pelo regime do lucro presumido. Não há qualquer informação acerca do lucro apurado pela contabilidade. Não há nenhuma evidência de elementos hábeis a demonstrar o lucro auferido para que se pudesse aplicar a jurisprudência administrativa reclamada.

A utilização das informações fornecidas ao Estado de Goiás também não macula o feito. A fiscalização se utilizou dos valores informados pela própria contribuinte nos registros de saída das Declarações Periódicas de Informações (DPI) apresentadas àquele estado (fls. 80 a 91). Uma vez garantido o contraditório, com a interposição da impugnação que instaurou o presente processo administrativo, nada obsta a utilização de prova emprestada obtida mediante convênio (segundo informação da própria recorrente). Tal é também o entendimento proferido nos seguintes julgados:

PROVA EMPRESTADA. Aceita-se a prova emprestada de um processo do Fisco Estadual, ainda que não tenha havido aprofundamento no procedimento de fiscalização do qual decorreu o presente lançamento, quando os fatos imputados são idênticos e confessados pelo próprio sujeito passivo e, a este tenha se oportunizado o direito de ampla defesa no sentido de infirmar tal prova. Precedentes no STF. (*Acórdão n.º 9101-00.385, de 01/10/2009*)

RECEITA BRUTA APURAÇÃO. PROVA EMPRESTADA As provas obtidas do Fisco Estadual na fase de fiscalização são admissíveis no processo administrativo fiscal, por serem submetidas a novo contraditório e não prejudicarem o direito de defesa do contribuinte ao qual cabe o ônus da prova da existência de saídas que não configurou receitas. (*Acórdão n.º 1301-001.036, de 11/09/2012*)

PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE.

Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. (*Acórdão n.º 1402-001.387, de 11/06/2013*)

PROVA EMPRESTADA. CONVÊNIO. CONTRADITÓRIO.

Uma vez garantido o contraditório, com a interposição da impugnação que instaurou o processo administrativo, nada obsta a utilização de prova emprestada obtida mediante convênio. (*Acórdão n.º 1102-001.076, de 08/04/2014*)

Quanto à arguição de que a doutrina e jurisprudência já abarcaram a tese de que o ICMS deve ser excluído das bases de cálculo do PIS e da COFINS, de fato, há decisão do STF que favorece o entendimento recursal sobre o assunto. Inclusive, no âmbito dos chamados recursos extraordinários com repercussão geral (RE n.º 574.706). Nada obstante, até a presente data ainda não se deu o seu trânsito em julgado, considerando que houve um pedido de modulação dos seus efeitos por parte da União. Não se pode, portanto, nem reivindicar a

aplicação da regra estampada no art. 62, § 1º, II, “b”, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/15.

Este é o entendimento desta própria turma como observado nos seguintes julgados:

INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 574.706, entendeu que não é possível o ICMS compor a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS. Tal julgamento criou um precedente dentro da nova sistemática processual brasileira e deve ser replicado pelos órgãos judicantes.

Contudo, não havendo trânsito em julgado daquela decisão, caberia ao contribuinte comprovar que possui ação própria, já transitada em julgado, para aplicação ao caso concreto. (*Acórdão nº 1302-002.908, de 24/07/2018*)

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não tendo ocorrido o trânsito em julgado do RE ° 574.706, que reconhece a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, uma vez pendente de apreciação o pedido de modulação de efeitos elaborado pela União Federal, ainda não se tornou definitiva aquela decisão, ao menos quanto a sua extensão temporal, revelando-se inviável a aplicação do precedente, de forma precária, aos fatos pretéritos. (*Acórdão nº 1302-003.038, de 17/08/2018*)

No que se refere à alegação de que o ICMS não compreende o conceito de receita bruta para fins de aplicação dos lucros presumido e arbitrado, inexistente qualquer manifestação semelhante do STF na sistemática da repercussão geral (nem mesmo em sede de recursos repetitivos no âmbito do STJ). Portanto, cumpre aplicar a expressa determinação legal tal como estabelecido na competência desta Casa. Veja-se, neste sentido, o que dispõem o art. 62 do RICARF e a Súmula CARF nº 2:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Sobre a qualificação da multa, cumpre esclarecer o que foi anunciado pela instância *a quo*, a saber, a empresa vem reiteradamente omitindo receitas em declarações apresentadas à Receita Federal. No ano-calendário autuado, constatou-se que as receitas declaradas na DIPJ eram bastante inferiores às aquelas informadas nas DPI que serviram de base para o lançamento.

Ora, a constatação de que a receita declarada é substancialmente inferior à receita omitida, mormente quando isto constituiu prática reiterada, caracteriza a sonegação, com a consequente imposição da multa qualificada. Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados:

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. Auferir vultosas receitas sem declará-las à administração tributária e com pagamento mínimo de tributos e contribuições, sem qualquer justificativa razoável, é conduta dolosa que se amolda à figura delituosa da

sonegação prevista no art. 71 da Lei n. 4.502/64, justificando-se a qualificação da penalidade. (*Acórdão n.º 9101-00.461, de 04/11/2009*)

MULTA QUALIFICADA. Resta caracterizada a sonegação de que trata o art. 71 da Lei n.º 4.502, de 1964, quando o sujeito passivo declara ao Fisco valores expressivamente inferiores aos escriturados, pois deixou de levar ao conhecimento da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador e, se tal conduta se repete em diversas declarações, evidencia-se o intuito de fraude. (*Acórdão n.º 9101-00.228, de 28/07/2009*)

MULTA QUALIFICADA CONDUTA CONTINUADA A escrituração e a declaração sistemática de receita menor que a real, provada nos autos, demonstra a intenção, de impedir ou retardar, parcialmente o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal por parte da autoridade fazendária e enquadra-se perfeitamente na norma hipotética contida do artigo 71 da Lei 4.502/64, justificando a aplicação da multa qualificada. (*Acórdão n.º 01-05.810, de 14/04/2008*)

Portanto, a conduta constatada na autuação caracteriza a figura da sonegação prevista no art. 71 da Lei n.º 4.502/64.

A recorrente ainda invoca a aplicação da Súmula CARF n.º 14. Confira-se, então, o seu conteúdo:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

O texto da súmula é claro. Ela não autoriza a qualificação da multa a partir, e por si só, da simples apuração de omissão de receita. Há, neste sentido, a confirmação de que para se fazer a qualificação é necessária a “comprovação do evidente intuito de fraude”, tal como estava previsto no texto vigente no inc. II, do art. 44, da Lei n.º 9.430/96. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

A Lei n.º 11.488/07, no entanto, reconfigurou os dispositivos deste artigo, deslocando a hipótese de qualificação da multa para o § 1º. Apesar de o novo texto ter suprimido a menção à “comprovação do evidente intuito de fraude”, foi mantida a exigência de observância das figuras penais definidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64 (dentre elas, inclui-se a sonegação). Confira-se:

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

Por fim, no tocante à incidência de juros de mora, à taxa Selic, esta, sim, é questão sumulada no âmbito do CARF. Veja-se:

Súmula CARF n.º 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à

multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Pelo exposto, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio