



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

Processo nº

10240.720951/2013-52

Recurso nº

Voluntário

Acórdão nº

1201-001.254 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de

18 de janeiro de 2016

Matéria

IRPJ

Recorrente

CATARINENSE COMERCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO
LTDA - ME e OUTROS

Recorrida

FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009

AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO AUDITOR FISCAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Improcede a alegação de nulidade do auto de infração em razão de ausência de assinatura do auditor fiscal responsável mas que devidamente identificado.

FORMAÇÃO ACADÊMICA DO AUDITOR FISCAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO CONTÁBIL. APLICAÇÃO DA SUMULA CARF N. 8.

O auditor fiscal devidamente aprovado em concurso público para desempenho de sua função tem legitimidade plena para o desenvolvimento de suas atividades, inclusive, a lavratura de auto de infração.

Não constitui nulidade da autuação a falta de formação contábil do auditor fiscal.

Aplicação da súmula CARF nº 08.

INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL. VALIDADE. APLICAÇÃO DA SUMULA CARF N. 9.

Não constitui cerceamento do direito de defesa do Contribuinte a intimação dos lançamentos por via postal.

Aplicação da Súmula CARF nº 9.

IRPJ. APURAÇÃO TRIMESTRAL. PREVISÃO LEGAL.

O encerramento do IRPJ por períodos trimestrais tem expressa previsão legal contida no art. 1 da Lei n. 9.430/96 .

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. APLICAÇÃO DA SUMULA CARF N. 02.

A quebra indevida de sigilo bancário, tem amparo legal no artigo 6º da Lei Complementar 105 de 2001.

Eventual inconstitucionalidade da norma não pode ser apreciada pelo CARF, conforme disposto na Súmula CARF n. 02.

ARBITRAMENTO. LANÇAMENTO POR PRESUNÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INOCUIDADE.

Partindo-se de uma base de receita arbitrada, onde se aplica a presunção de receita e lucro, não há oportunidade de se ater a detalhada base de cálculo das contribuições. Não cabendo ao agente fiscal efetuar tais considerações na constituição do crédito tributário.

MULTA AGRAVADA. AUSÊNCIA DE CONDUTA DO CONTRIBUINTE PARA ATRAPALHAR O TRABALHO FISCALIZATORIO. INAPLICABILIDADE.

Para aplicação do agravamento da penalidade é necessário que a conduta do sujeito passivo esteja associado a um prejuízo concreto ao curso da ação fiscal.

O não atendimento à intimação, na qual eram solicitados os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal do contribuinte, não obstou o procedimento fiscal, já que nestes casos a legislação de regência permite que o lucro seja arbitrado, não podendo tal situação, por si só, motivar o agravamento da multa.

Inteligência da Súmula CARF n. 96.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. HIPÓTESE DO ART. 135, III DO CTN.

A conduta das pessoas físicas que figuraram como sócias da empresa e que nesta condição omitiram receitas de forma reiterada, implicam em clara conduta fora dos limites da lei, o que configura a hipótese prevista no art. 135, III do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir o percentual da multa de ofício para 150%, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

MARCELO CUBA NETTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 25/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Cuba Netto (Presidente), Roberto Caparroz de Almeida, João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteado, João Carlos de Figueiredo Neto e Ester Marques Lins de Sousa (suplente convocada).

Relatório

Por bem sintetizar os fatos litigiosos objeto do presente processo, transcrevo o relato da autoridade julgadora de primeira instância:

“(…)

Trata-se de Autos de Infração (AIs) de IRPJ, CSL, Cofins e Pis pelos quais foram constituídos os créditos tributários de R\$ 978.006,61, R\$ 479.040,46, R\$ 1.333.235,32 e R\$ 288.867,65, respectivamente; tributação sob a forma do lucro arbitrado e multa de ofício de 225%.

Como mote, a omissão de receitas pela via de depósitos bancários de origem não comprovada, consoante o Termo de Verificação e Constatação Fiscal TVCF.

Às fls. 581590, 594603 e 607616, impugnações apresentadas por ELCIDE ALBERTO LANZARIN, MARCO ANTONIO PETISCO e OSVINO JURASZEK contra os quais foram lavrados Termo de Sujeição Passiva Solidária TSPS, por terem figurado como sócios administradores no período fiscalizado e deixado de informar em DIPJ/DCTF a receita auferida da contribuinte, bem como de recolher os impostos/contribuições devidos.

Todas elas, mudando o que deve ser mudado, guardam identidade de razões de defesa assim contidas em seus articulados, de excertos abaixo:

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Os Auditores anexaram ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, cópia dos Autos de Infração e do Termo de Verificação e Constatação Fiscal. Ponto. De mais nada o Impugnante foi informado.

A falta de acesso ao que estava sendo feito pelo fisco [...] prejudicou sobremaneira o Impugnante que não podia sequer imaginar o que pretendiam os Auditores [...].

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

[...] não existe prova de que o Impugnante tenha agido com excesso de poderes ou que tenha infringido qualquer dispositivo legal, muito menos os atos constitutivos da empresa.

[...] os Autos de Infração lavrados [...] foram baseados em mera presunção legal

[...].

[...] não existe presunção legal para a atribuição da responsabilidade solidária

[...].

[...] não basta simplesmente ser sócio ou dirigente para dividir com a empresa autuada a responsabilidade pelo pagamento dos tributos. É preciso que fique caracterizado o dolo [...].

(Original contém negritos e sublinhas)

Às fls. 620- 46, impugnação apresentada pela contribuinte; excertos abaixo:

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

[...] a auditoria foi realizada fora das dependências da empresa [...].

Isto trouxe [...] sérios prejuízos à Impugnante por desconhecer totalmente do andamento dos trabalhos da fiscalização, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Até a ciência dos autos de infração foi [...] por via postal [...].

DA NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

A descrição dos fatos constantes na referida peça é pífia. [...].

[...] não poderiam, os Auditores, ter encontrado os referidos lançamentos em dias que caíram em sábados e domingos, pois, nesses dias, os bancos não abrem suas portas.

[...] dois dos Auditores que realizaram os trabalhos, simplesmente não assinarem os Autos de Infração, nem o Demonstrativo do Crédito Tributário do Processo, nem o Termo de Verificação e Constatação Fiscal.

[...] na medida em que não consta a assinatura de um Auditor, como saber se o Auto de Infração foi lavrado pelo próprio? Teria sido o próprio auto lavrado por outros servidores que não os citados Auditores? Seriam esses servidores competentes para proceder o lançamento tributário através do Auto de Infração? Em face da dúvida acerca da autoria do lançamento, a Impugnante protesta pela nulidade dos autos [...].

Corrobora, ainda, a tese da nulidade, o fato de os Auditores que realizaram o procedimento fiscal em sua totalidade não possuírem formação contábil.

DA AUTUAÇÃO COM BASE SOMENTE EM EXTRATOS BANCÁRIOS

Não tinham os zelosos Auditores autorização judicial para proceder à quebra do sigilo bancário da Impugnante [...].

Os Auditores não analisaram os livros contábeis da Impugnante. [...] Se a prova de sua ocorrência cabia ao Fisco, então a presunção, por parte do aplicador da lei, revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isso, deve ser afastada, não se sustentando a pretensão fiscal.

DOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS DA IMPUGNANTE

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 08/03/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

COPIA

[...] a base de cálculo apurada a partir somente dos extratos bancários não pode ser aplicada para o seu perfil de negócio [...].

[...] diversos depósitos correspondentes a recursos sacados anteriormente foram computados pelos Auditores como nova receita. Uma outra situação na qual os Auditores consideraram mais de um lançamento à crédito para uma mesma operação, é o caso do cheque sem fundos que é apresentado uma, duas, até três vezes seguidas.

*DO DIREITO
DA PRECARIEDADE DA AUTUAÇÃO*

[...]

Sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

[...]

Sobre a aplicação da multa de 225%

[...] a primeira intimação lhe foi apresentada no corpo do Termo de Início de Fiscalização, em 15.12.2012. Em seguida, recebeu o Termo de Reintimação nº01/2012, no dia 31.07.2012. Estas duas intimações não pediam esclarecimentos, dos documentos e, no dia 06.08.2012, dentro dos prazos concedidos pela fiscalização, informou que não possuía o restante da documentação solicitada

[...].

A fiscalização também não cumpriu outro pré-requisito para o agravamento da multa, qual seja o de fazer a intimação pessoalmente

[...].

(Original contém negritos e sublinhas)

A DRJ julgou improcedentes as Impugnações apresentadas pela Contribuinte e pelos sujeitos passivos solidários, mantendo a autuação, inclusive a multa qualificada e multa agravada, bem como, a sujeição passiva solidária dos sócios, mediante os seguintes argumentos extraídos do voto.

(...)

2) DAS PRELIMINARES

2.1) DO CERCEAMENTO DOS DIREITOS DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, tal como advogado pelos sujeitos passivos solidários, em síntese, à razão de que não teriam sido informados de nada mais além do TSPS e do TVCF, sem sequer imaginar o que pretendíamos Auditores [...].

Também não ocorreu supressão ou diminuição do direito do contraditório de que trataram os argumentos da contribuinte, à razão do desconhecimento total do "andamento dos trabalhos da fiscalização" e de que até mesmo "a ciência dos autos de infração foi [...] por via postal [...].

2.2) DAS NULIDADES

2.2.1) DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Concernente à quebra do sigilo bancário, por apertada maioria de votos (5x4), o tribunal pleno do STF deu provimento ao RE 389808 em que determinada sociedade empresária “questionava o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial”.

Outrossim, não há decisão definitiva nos autos daquele RE a impor a aplicação incontinenti do disposto no inciso I do art. 4º do Decreto nº 2.346/1997. Na página do STF na web consta a seguinte notícia:

(...)

2.2.2) DA COMPETÊNCIA E DA FORMAÇÃO DOS SERVIDORES AUTUANTES

A par dos dispositivos acima transcritos, o lançamento de ofício do crédito tributário compete a Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil AFRFB, quando a exigência do crédito tributário for formalizada em auto de infração, como foi o caso, nos estritos termos do inciso I do art. 31 do Decreto nº 7.574/2011.

Ainda que a autoria dos Autos de Infração, ou dos demais termos deles integrantes, tenha sido desse ou daquele AFRFB, não há que se dizer de nulidade, até porque a identificação de cada um deles constou em todos os documentos por eles lavrados.

Houvesse dúvidas, deveria a contribuinte verificar de plano a autenticidade do Mandado de Procedimento Fiscal junto à própria RFB, conforme o permissivo contido ao final do Termo de Início de Ação Fiscal. Outrossim, há muito foi superada a questão sobre a necessidade de formação contábil dos AFRFB.

Por oportuno, os pronunciamentos abaixo, oriundos do Carf:

Súmula CARF nº 6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Súmula CARF nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

2.2.3) DA CIÊNCIA DOS LANÇAMENTOS POR VIA POSTAL

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 08/03/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A transcrição do art. 10 do Decreto nº 7.574/2001, vigente à data da ciência do Termo de Início de Fiscalização, por si só, desqualifica a preliminar de cerceamento do direito de defesa da contribuinte, aqui assumida como de nulidade dada sua forte afetação ao processo administrativo fiscal. Senão vejamos:

Art. 10. As formas de intimação são as seguintes:

I- pessoal,[...];

II- por via postal ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso II](#), com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67);

III - por meio eletrônico, [...]; ou

IV- por edital, [...].

§ 1º A utilização das formas de intimação previstas nos incisos I a III não está sujeita a ordem de preferência ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 3º](#), com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113). 2.2.4)

DO ENCERRAMENTO DO IRPJ POR PERÍODOS TRIMESTRAIS

Sem razão a pecha de nulidade assim entendida pela contribuinte. Senão vejamos o seguinte teor do art. 1º da Lei nº 9.430/1996, integrante do enquadramento legal:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

3) DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

(...)

Conforme constou no TVCF:

42. Constatou-se durante o procedimento fiscal que o contribuinte declarou em DIPJ que não auferiu receita no ano-calendário 2009. Também declarou em DCTF que não possuía imposto de renda ou contribuição a pagar.

43. Entretanto, como já exposto, no mesmo período, o contribuinte apresentou movimentação financeira significativa e incompatível com o valor declarado, num total superior a R\$ 12.000.000,00 [...], sem haver, contudo, mesmo após reiteradas intimações, comprovado a origem desses recursos, situação que, nos termos legais acima expostos, caracteriza a omissão de receitas.

44. Os Srs. ELCIDE ALBERTO LANZARIN [...], MARCO ANTONIO PETISCO [...] e OSVINO JURASZEK [...], no período fiscalizado, figuraram como sócios administradores da empresa [...] e nesta condição tinham o dever contratual e legal de prestar as informações econômico fiscais da pessoa jurídica à Receita Federal do Brasil. No entanto, deixaram de informar em DIPJ/DCTF a receita auferida pela empresa, conforme restou comprovado em diligências fiscais, assim como deixaram de recolher os impostos/contribuições devidos sobre a receita auferida..

Aqueles sujeitos amoldam-se ao elemento pessoal do tipo previsto no caput daquele artigo, vez que, se não foram seus executores materiais, foram partícipes ou mandatários das infrações encontradas pelo fisco, tamanhas suas representações em nome da sociedade empresária.

Nesse sentido, ajustam-se ao tipo subjetivo do inciso III do art. 135 do CTN, por terem suplantado os limites objetivos conferidos em seus contratos e alterações contratuais, em face de suas condutas dolosas, sem que fossem diligentes e probos no trato da administração, revelando o menosprezo com o propósito negocial da contribuinte insculpidos em seus atos constitutivos.

(...)

4) MÉRITO

4.1) OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Em que pesem os discursos passivos, restou comprovada a hipótese clássica do antecedente da norma dispositiva no tipo previsto no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, integrante do enquadramento legal, de sorte que todos os sujeitos passivos se sujeitassem ao seu consequente, a caracterização de omissão de receitas:

[...]

4.2) DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Essa forma de tributação foi devidamente fundada no inciso III do artigo 530 do Decreto nº 3.000/1999:

(...)

Enfim, o legislador ordinário previu que deixar de apresentar à autoridade tributária é obrigação dotada de valor tal que justifica a tributação sob a forma do lucro arbitrado, em contraponto ao lucro presumido.

Quanto à base de cálculo propriamente dita, o fisco foi claro (item 32 do TVCF) ao externar a metodologia adotada, de sorte que foram separados todos os créditos das contas de depósitos mantidas pelo contribuinte junto a essas instituições financeiras, excluídos os previamente identificados pela fiscalização como decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica e de lançamentos de estorno. [...].

E o fez, certamente, com suporte no inciso I do § 3º do art. 42 da Lei nº

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 27/

02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 08/03/2016 por MARCELO CUBA NETTO

Impresso em 08/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

9.430/1996 e com a cautela de desconsiderar os valores decorrentes de transferências de outras contas da própria contribuinte. Por oportuno, a contribuinte não comprovou a existência de consideração indevida pelo fisco de cheques sem fundos reapresentados.

4.2) DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E AGRAVADA

Do ponto de vista da aplicação da multa no patamar de 150%, encontram-se nos autos todos os elementos probantes a justificarem sua manutenção, vez que a realidade fática foi bastante para constar, nos limites da legalidade e da tipicidade, notadamente, o evidente intuito do vício social da sonegação apontado pelo fisco.

[...]

Em suma, pela via omissiva, dolosa daqueles sócios administradores, visando a impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal de que trataram os lançamentos.

Nesse sentido, os trechos acima extraídos do TVCF com os quais comungo e que sinalizam para a tipificação, ainda que em tese, da sonegação.

A circunstância acima caracteriza em tese, crime contra a ordem tributária a que aludem os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990.

Tal vício social foi praticado em livre consciência pela administração da contribuinte, pelos qual quis se o resultado da antijurídica de encontrada pelo fisco, ou de assumir o risco em produzi-lo, consoante o conceito tratado no artigo 18 do Código Penal brasileiro:

Art. 18 Diz se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Também não merece reparos o agravamento daquela penalidade para o percentual de 225%, a ver a última parte do item 47 do TVCF abaixo transscrito:

47. A multa agravada justificasse por ter a empresa declarado à autoridade fazendária que não auferiu receita bruta no ano-calendário fiscalizado, tendo sido verificado pela fiscalização uma receita bruta em valor superior a R\$12.000.000,00 [...], fato que configura evidente indício de sonegação. O contribuinte também não prestou os esclarecimentos solicitados pela fiscalização, apesar de ter sido reiteradamente intimado. Limitou-se, apenas, a pedidos de prorrogação, não apresentando justificativa alguma para o não atendimento das intimações. (Sublinha acrescida)

O destaque acima encontra suporte no Termo de Reintimação nº 01/2012 no qual foram expressamente reiterados os objetos do Termo de Início de Fiscalização, quais sejam, a apresentação de documentos e a prestação de esclarecimentos.

Enfim, de um lado, a contribuinte apresentou apenas pedidos de prorrogação de prazo, deferidos, que não podem ser traduzidos como esclarecimentos que orbitassem a apresentação de documentos. Assim, materializa-se o elemento objetivo do tipo do inciso II do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996).

Outrossim, dentre os documentos objetos do Termo de Início de Fiscalização constaram os “Registros Contábeis em Arquivos Digitais, ano-calendário 2009”, qual seja, o elemento objetivo do tipo do inciso II do art. § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Inconformada com a decisão da DRJ, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário onde combateu a cada argumentação da primeira instância, além de reiterar novamente os mesmos pedidos, conforme abaixo sintetizado:

i-) reitera pedido preliminar, para que sejam declarados nulos os Autos de Infração do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL por terem, os Auditores, cerceado o seu direito de defesa ao realizar a auditoria fora de seu domicílio fiscal;

ii-) requer sejam declarados nulos os Autos de Infração por terem, os Auditores, estabelecido um prazo por demais exígua para o cumprimento da intimação para justificar a origem dos lançamentos a crédito em suas contas correntes, considerando-se a carga de trabalho e de tempo necessária para tal;

iii-) requer sejam os Autos de Infração declarados nulos, por terem, os Auditores, cerceado o direito de defesa da Recorrente ao apresentar a descrição dos fatos com erros e imprecisões de data;

iv-) requer a nulidade também em razão de todo o procedimento fiscal ter sido realizado por servidores que não possuem a formação acadêmica em contabilidade, como determina o Conselho Federal de Contabilidade;

v-) ainda em relação ao aspecto formal, argui a nulidade dos Autos de Infração também por ter, os Auditores José Hamilton Nobre Júnior e Michel Lopes Teodoro, deixado de apor sua assinatura, colocando em dúvida se os mesmos teriam sido lavrados por servidor competente, como determina a lei;

vi-) em relação aos elementos de prova, que sejam cancelados de plano, os Autos de Infração, por terem, os Auditores, procedido a quebra do sigilo bancário da Recorrente, e utilizado os extratos bancários como prova, sem a devida autorização judicial;

vii-) em relação à base de cálculo do PIS e da COFINS, que sejam cancelados de plano, os Autos de Infração das referidas contribuições, por terem, os Auditores, incluído o ICMS a base de cálculo, em fragrante desrespeito a reiteradas decisões do Poder Judiciário;

viii-) em relação à multa de 225%, que seja cancelada, nos Autos de Infração do IRPJ, do PIS, da COFINS e da CSLL, por não terem, os Auditores, provado a

fraude, o conluio ou a sonegação e por ter aplicado indevidamente o percentual de agravamento de 50% e

ix-) finalmente, em relação à base de cálculo, que sejam cancelados os Autos de Infração, pois, conforme ficou provado, os Auditores abandonaram o elemento contábil estabelecido em lei para fundar-se - unicamente - em base apurada através de extratos bancários.

Além disso, vieram aos autos, os respectivos Recursos Voluntários das pessoas físicas contra as quais foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária, por meio dos quais, alegam, em síntese, o cerceamento ao direito de defesa e a inaplicabilidade do art. 135, III do CTN dada a ausência de atos por estes praticados com excesso de poderes, infração de lei ou contrato social.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, Relator

Da Admissibilidade do Recurso

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

Das Preliminares de Nulidade do Lançamento

O contribuinte pleiteia a nulidade dos autos de infração, alegando vícios no decorrer do processo de fiscalização e autuação, conforme abaixo sintetizado:

- a) Cerceamento de seu direito de defesa ao realizar a auditoria fora de seu domicílio fiscal;
- b) Estabelecimento de um prazo por demais exíguo para o cumprimento da intimação;
- c) Cerceamento do direito de defesa da Recorrente ao apresentar a descrição dos fatos com erros e imprecisões de data;
- d) Realização do procedimento fiscal por servidores que não possuem a formação acadêmica em contabilidade, como determina o Conselho Federal de Contabilidade;

- e) Ausência de assinatura dos Auditores José Hamilton Nobre Júnior e Michel Lopes Teodoro, colocando em dúvida se os mesmos teriam sido lavrados por servidor competente, como determina a lei;
 - f) Cerceamento do direito de defesa em razão da ciência dos lançamentos ter se dado por via postal;
 - g) Realização da Fiscalização fora do estabelecimento do Contribuinte.
 - h) Incorreta apuração do IRPJ por períodos trimestrais
 - i) Indevida quebra de sigilo bancário face à ausência de autorização judicial.

Passo a analisar cada um dos pontos acima.

De fato, os procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela RFB devem ser, e nesta caso foram instaurados e executados pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil após a emissão do Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF).

O Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal é o instrumento administrativo que registra a distribuição do procedimento fiscal e é expedido exclusivamente na forma eletrônica.

Ora, se Recorrente apresentava insegurança quanto a validade do auto de infração emitido em razão da **ausência de assinatura** deveria ter efetuado a devida consulta do processo de fiscalização através do número de MPF no sítio da Receita Federal do Brasil, conforme orientação constante na própria intimação.

Cabe ressaltar, não se aplica ao presente caso, o contido na Súmula CARF n. 21 que assim dispõe:

“Súmula CARF nº 21: É nula, por vício formal, a notificação de lançamento que não contenha a identificação da autoridade que a expediu”

Isso porque, neste caso não há ausência de identificação da autoridade, tão somente, a ausência de assinatura.

Com relação ao **prazo para atendimento a fiscalização**, entendo que o contribuinte teve oportunidade até mesmo superior ao normalmente aplicado pelas fiscalizações, uma vez que solicitou por diversas vezes o pedido de prorrogação de prazo, sendo todos eles deferidos.

Contudo, ainda assim, não houve apresentação dos documentos e informações solicitados pela fiscalização, sequer foram apresentadas justificativas para esta ausência de atendimento à fiscalização.

Além disso, não vislumbro as alegadas **imprecisões nas descrições de fatos e datas**, sendo que tais alegações vieram desacompanhadas de documentos comprobatórios o que impossibilita a este julgador acatá-las.

A argumentação sobre a **formação acadêmica** do auditor fiscal, a, através da súmula CARF nº 08.

Súmula CARF nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Também não merece prosperar a alegação de nulidade em razão de suposto cerceamento de defesa do Contribuinte causado pelo fato da **ciência dos lançamentos ter ocorrido por via postal**.

O CARF possui vasta jurisprudência a este respeito que culminou na aprovação da Súmula CARF nº 9 que assim dispõe:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Alega também o Contribuinte o cerceamento de seu direito de defesa em razão da **fiscalização ter sido efetivada fora das dependências da empresa** que se viu obrigada à hercúlea tarefa de ter de entregar documentos na sede da Delegacia da Receita Federal em Porto Velho/RO.

Ainda que absurda tal alegação, não posso me eximir de analisá-la.

Em primeiro lugar, não há qualquer previsão legal que obrigue que a fiscalização ocorra integralmente nas dependências do contribuinte. Até porque, nem todos os contribuintes possuem estrutura adequada para receber um fiscal e disponibilizar local adequado para desenvolvimento do trabalho.

Além disso considerando que tanto a empresa quanto a sede da Delegacia da Receita Federal se encontram em Porto Velho/RO, não consigo vislumbrar, nem de longe, o malefício causado ao contribuinte.

Também não merece abrigo a arguição de nulidade levantada pelo Contribuinte em razão do **encerramento do IRPJ por períodos trimestrais** em razão de expressa previsão legal contida no art. 1º da Lei nº 9.430/96 que assim dispõe:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

Quanto à nulidade decorrente da **quebra de sigilo bancário sem autorização judicial**, pleiteia o Recorrente o cancelamento do auto de infração, por terem, os Auditores, procedido a quebra do sigilo bancário da Recorrente, e utilizado os extratos bancários como prova, sem a devida autorização judicial.

Tal ponto é objeto de constante discussão no judiciário. Conforme decisão da 2^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, é descabido que a fiscalização tributária tenha de ajuizar ação na Justiça cada vez que precisar de informações da vida financeira de contribuintes.

Além disto, como bem argumentou o julgador da primeira instância, não há o que se falar em quebra indevida de sigilo bancário, visto que há amparo legal para tal procedimento, no **artigo 6º da Lei Complementar 105 de 2001**:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O dispositivo legal acima encontra-se em plena vigência, não cabendo a este julgador a análise sobre eventual constitucionalidade por respeito à Súmula CARF n. 2.

De fato, já foi externada posição a respeito da matéria pelo Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 389.808/PR, conforme ementa abaixo:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

(RE 389808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 15/12/2010, Publicado em 10/05/2011)

Não obstante minha posição se assemelhe bastante ao julgado acima, o fato é que tal decisão não foi proferida pelo STF sob o rito da Repercussão Geral, sendo assim, considerando a existência e vigência de lei que permite a quebra do sigilo bancário sem autorização, bem como, o teor da Súmula CARF n. 2 que veda aos Conselheiros do CARF a análise de constitucionalidade, devo afastar a presente preliminar de nulidade.

Desta forma, tendo o processo de fiscalização e o auto de infração preenchido todos os requisitos previstos em lei, todas as alegações de nulidade merecem ser afastadas.

Mérito

Apuração baseada apenas em extratos bancários

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 27/02/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 08/03/2016 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Aduz a Recorrente deve ser a autuação cancelada, em razão dos Auditores terem abandonado o elemento contábil estabelecido em lei para fundar-se - unicamente - em base apurada através de extratos bancários.

De fato, os auditores fiscais se valeram das informações dos extratos bancários, visto que a contribuinte após ser intimada e reintimada por diversas vezes, não apresentou nenhuma evidência que pudesse ser considerada na constituição do crédito tributário.

Além disto, o procedimento de arbitramento está amparado no artigo 47 da Lei 8.981:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não manter escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

Desta forma, não merece reparo o procedimento adotado pela Fiscalização.

Exclusão do ICMS da Base de Cálculo do PIS/COFINS

Pleiteia ainda a Recorrente o cancelamento dos auto de infração em relação à base de cálculo do PIS e da COFINS, por terem, os Auditores, incluído o ICMS, em fragrante desrespeito a reiteradas decisões do Poder Judiciário

Por se tratar de uma base de receita arbitrada, onde parte-se de uma presunção de receita e lucro, não há oportunidade de se ater a detalhada base de cálculo das contribuições. Não cabendo ao agente fiscal efetuar tais considerações na constituição do crédito tributário.

Além disto, caberia a contribuinte indicar os valores de ICMS, visto que como apontado pelo julgador da primeira instância não há como afirmar a inclusão destes valores no auto de infração referente ao PIS e a COFINS.

Assim, não assiste razão à Recorrente.

Ressalto, não analiso aqui o mérito da questão da permissão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mas tão somente a inocuidade desta discussão no presente caso, que trata de lançamento de presunção, bem como, a ineficácia da simples alegação acerca de tal exclusão desacompanhada de comprovação dos valores de ICMS apurados e recolhidos.

Multa qualificada e agravada

Conforme relatado, a Fiscalização aplicou multa de ofício qualificada de 150%, agravada em 50% pelo não atendimento a intimação, conforme previsto no art. 44, inciso I, § 2º, da Lei no 9.430/96.

Vem a Recorrente combater a aplicação da multa qualificada e agravada, alegando não terem, os Auditores, provado a fraude, o conluio ou a sonegação, que justificassem a aplicação do percentual de agravamento de 50%.

Pois bem, a jurisprudência deste Colegiado tem se firmado no sentido de que, para se proceder o agravamento da penalidade é necessário que a conduta do sujeito passivo esteja associado a um prejuízo concreto ao curso da ação fiscal. Ou seja, é medida aplicável naqueles casos em que o fisco só pode chegar aos valores tributáveis depois de expurgados os artifícios postos pelo sujeito passivo.

O não atendimento à intimação, na qual eram solicitados os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal do contribuinte, não obstrui o procedimento fiscal, já que nestes casos a legislação de regência permite que o lucro seja arbitrado.

Tanto é verdade, que foi o próprio autuante que procedeu o arbitramento do lucro da empresa e efetuou o lançamento.

Ora, o não fornecimento dos livros e documentos comerciais e fiscais não obsta a atividade fiscal, pelo contrário a facilita, pois tal conduta do contribuinte coloca a presunção legal contra ele, autorizando o lançamento de ofício arbitrando o lucro.

Neste ponto, trago recente decisão do ilustre Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida nos autos do Processo n. 15563.720068/201333, assim ementada:

MULTA AGRAVADA DE 225%. IMPROCEDÊNCIA.

Ainda que o contribuinte não tenha apresentado todos os dados solicitados pela fiscalização, deve-se afastar a multa agravada quando constatado que tal circunstância não obstaculizou nem prejudicou, de forma incisiva, a definição da base de cálculo dos tributos lançados.

Assim, inaplicável o agravamento da multa de ofício em face do não atendimento à intimação fiscal para apresentação dos livros contábeis e documentação fiscal, já que estas omissões tem consequências específicas previstas na legislação de regência, que no caso foi o arbitramento do lucro em razão da falta da apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

Por outro lado, não restam dúvidas quanto à acertada aplicação da multa qualificada de 150%, uma vez que presentes os 03 elementos que, entendo, são suficiente e necessários para tanto, quais sejam: i-) montantes relevantes; ii-) prática reiterada e iii-) evidências de dolo.

Assim, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Sujeição Passiva Solidária

Conforme acima relatado, a Fiscalização constatou que a ora Recorrente declarou, dolosa e falsamente, em DIPJ o não auferimento de receita durante o ano-

calendário 2009, bem como, deixou de declarar através de DCTF, os valores do imposto de renda e contribuições a pagar.

Neste período, fora identificado pela Fiscalização que a Recorrente movimentou recursos financeiros claramente distintos do valor declarado, em montante a R\$ 12 milhões.

Contudo, mesmo após ter sido intimada por diversas vezes, a Recorrente deixou de comprovar a origem desses recursos, caracterizando a omissão de receitas.

Em razão disso, autoridade autuante fundamentou a atribuição de responsabilidade a ELCIDE ALBERTO LANZARIN, MARCO ANTONIO PETISCO e OSVINO JURASZEK no art. 135, III do CTN, que assim dispõe:

Art. 135. 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:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Cabe ressaltar, **tais pessoas físicas figuraram como sócios administradores da Recorrente durante o período fiscalizado e nesta condição, decidiram por sonegar informações ao fisco de forma reiterada, configurando infração à lei e enquadrando-os no dispositivo legal acima.**

Ressalto aqui que o caso em tela não trata de mera inadimplência, ou seja, do não pagamento de um crédito tributário devidamente declarado. **Trata-se sim de não submissão de receitas à tributação do Fisco Federal.**

Por fim, trazem os sujeitos passivos solidários, também, o argumento de que lhes fora cerceado o direito de defesa, tendo em vista que toda a fiscalização ocorreu em domicílio fiscal diverso.

Discordo e afasto tal argumento. Todos os Recorrentes foram devidamente intimados da autuação, sendo-lhes concedido prazo para Impugnação e, após a decisão da DRJ, para apresentação de Recurso Voluntário, quando tiverem a oportunidade de trazer toda a matéria de defesa. O que foi feito.

Desta forma, tendo todo os processo transcorrido de acordo com as regras do PAF, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Assim, concluo que não há qualquer dúvida quanto à sujeição passiva solidária dos Srs. ELCIDE ALBERTO LANZARIN, MARCO ANTONIO PETISCO e OSVINO JURASZEK, por aplicação do art. 135, III do CTN.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO dos **Recursos Voluntários apresentados** para AFASTAR as PRELIMINARES suscitadas e no MÉRITO, DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, apenas para **reduzir o percentual** da multa de ofício de 225% para 150%.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

CÓPIA