



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.722053/2009-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-010.861 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2022
Recorrente TRANSLOG TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

Nulidade. Sem causa. Improcedência.

Incabível declarar nulidade de auto de infração quando inexistem fatos ofensivos ao direito de ampla defesa, ao contraditório ou às normas que definem competência.

Impugnação Inexistente. Preclusão. Apreciação em Sede Recursal. Impossibilidade.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido especificamente contestada, inadmitindo-se a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

Sujeição Passiva. Retenção na Fonte. Obrigação Tributária. Polo Passivo.

Somente a lei pode excluir a responsabilidade do contribuinte pelo crédito tributário, *in casu*, a obrigação de efetuar retenção na fonte de PIS e Cofins atribuída à terceira pessoa não exclui da obrigação tributária o contribuinte.

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

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

PIS e Cofins. Base de Cálculo. ICMS Destacado. Exclusão.

Nos termos do decidido no RESP 574.706, julgado em 15/03/2017, e de acordo com a modulação dada a essa decisão no julgamento dos embargos de declaração oposto àquele *decisum*, em 13/05/2021, deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS destacado nas notas fiscais.

PIS/Cofins. Retenções na Fonte. Dedução. Lançamento.

Somente o valor retido na fonte **comprovado** qualifica-se como antecipação do tributo devido, devendo ser obrigatoriamente considerado na apuração em eventual lançamento de PIS/Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas no recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento. Vencida, no que se refere ao ICMS, a conselheira Carolina Machado Freire Martins.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias – Presidente/Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Gustavo Garcia Dias dos Santos, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Marcos Antônio Borges (suplente convocado), Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Ronaldo Souza Dias (Presidente). Ausente a conselheira Fernanda Vieira Kotzias.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (fls. 207 e ss) interposto contra decisão no Acórdão nº **11-050.701 - 2ª Turma da DRJ/REC**, de 22/07/15 (fls. 181 e ss), que considerou improcedente a Impugnação (fls. 70 e ss) interposta contra Autos de Infração (fls. 2 e ss), que constituíram crédito tributário, a título de contribuições não-cumulativas – *Cofins e PIS* – por falta ou insuficiência de recolhimento dos respectivos tributos, no ano-calendário de 2005; com multa de ofício (75%) e juros de mora.

I - Do Lançamento e da Impugnação

O relatório da decisão de primeiro grau resume bem o contencioso até então, aqui se o transcreve no essencial:

(...)

Os valores das duas Contribuições foram lançados com multa de ofício de 75% e juros de mora, discriminados assim (em Reais):

Cofins 1.281.388,27 Juros de Mora 630.286,74 Multa 961.041,17 Total Cofins 2.872.716,18

PIS 277.077,90 Juros de Mora 136.204,77 Multa 207.808,38 Total PIS 621.091,05

Na Impugnação, tempestiva (fl. 179), o contribuinte alega preliminarmente a nulidade das duas autuações, "na medida que:

- *A autoridade fiscal autuou pessoa jurídica que não é incumbida de pagar o tributo, vez que no presente caso cabe ao responsável tributário o cumprimento da obrigação tributária em virtude de imposição legal;*

- *Não foram deduzidas integralmente do montante do Auto de Infração as retenções efetuadas pelo tomador de seus serviços;*

- *Ocorreu a indevida inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS.*

Informa que "no período compreendido no auto de infração a empresa prestou serviço exclusivamente à AMBEV, a qual, por ocasião do pagamento do serviço, reteve na fonte os valores devidos correspondentes ao PIS e à COFINS", citando os arts. 121 e 128 do Código Tributário Nacional (CTN), o art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003, e o art. 1º da Instrução Normativa (IN) SRF nº 459, de 2004, para em seguida arguir que "não há como proceder o lançamento em nome da impugnante, tendo em vista que a mesma sequer procedeu ao recolhimento das contribuições em comento, justamente pelo fato do legislador ter substituído o sujeito passivo pelo responsável tributário."

Menciona também o art. 722 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, e julgados do STJ e do Primeiro Conselho de Contribuintes relativos a esse Imposto, segundo os quais a fonte pagadora (ou o substituto tributário, nos dizeres do julgado do STJ) responde pelo tributo, quando deixa de efetuar a retenção prevista.

Quanto à base de cálculo, esclarece que é contribuinte do ICMS no transporte interestadual e do ISS relativamente ao transporte local, e argui que "a falta de clareza e a dificuldade quanto à identificação da base de cálculo utilizada no levantamento fiscal implica na impossibilidade de se apurar o quantum pretensamente devido pela Impugnante, elemento essencial e indispensável à validade da presente Notificação, demonstrando imputação imprecisa da pretensão, impondo-se preliminarmente a nulidade do ato impugnado."

Tece considerações sobre o faturamento, citando art. 195, I, da Constituição Federal, o art. 110 do CTN, as Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, e doutrina sobre a necessidade de convergência entre a base de cálculo e o critério material da hipótese de incidência, bem como sobre o conceito de receita, afirmando haver "total incompatibilidade da base de cálculo com o fato imponible, vez que determina o cálculo de tributos sobre tributo o que é incompatível com a grandeza econômica do fato gerador, além de desvirtuar totalmente o conceito de faturamento já incorporado ao direito nacional".

Menciona ainda o voto do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, afirmando antes de adentrar na parte da Impugnação sob o título "DO MÉRITO" que é "totalmente desprovida de validade jurídica a inclusão da parcela do ISS e do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, haja vista que faria incidir a referida exação sobre um montante que não integra o faturamento do contribuinte, e que corresponde sim, a imposto proveniente da prestação de serviços."

Em seguida considera que os dois Autos de Infração, se não anulados, são totalmente indevidos porque não consideradas as retenções efetuadas pela empresa tomadora dos serviços (a AMBEV), juntando como prova as cópias de notas fiscais de fls. 132/171 (na Impugnação faz referência também a planilhas, que no entanto não foram anexadas) e afirmando o seguinte:

Apenas a título de esclarecimento, vale ressaltar, que a postulante já requereu junto ao tomador do serviço, os comprovantes das retenções efetuadas na fonte a título de COFINS e PIS, o que deverá ratificar de forma inequívoca as alegações da peticionante, e demonstrar a insubsistência do presente Auto de Infração, razão pela

qual requer desde já ajuntada posterior de documentos, quais sejam, todos os comprovantes de pagamento das retenções na fonte, a fim de que sejam posteriormente realizadas as diligências cabíveis para verificar efetivamente a totalidade do montante retido e recolhido a título do cotado tributo, tudo com base na verdade material que deve prevalecer no processo administrativo, bem como o princípio da ampla defesa e da moralidade administrativa.

Notoriamente, se faz desde já esclarecer que o fundamento de validade do ato administrativo de lançamento de débito efetuado pela Secretaria da Receita Federal está respaldado apenas nas informações contidas nas DIRFs, não levando em consideração as informações contidas na contabilidade da empresa, nas Notas Fiscais, as quais demonstram os valores efetivamente retidos pelo tomador do serviço (vide planilhas e Notas Fiscais de serviços em anexo - docs. 02 e 03).

Discorre sobre os princípios que regem a Administração Pública, mencionando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, o art. 37 da Constituição Federal e os arts. 1º, 2º e 53 da Lei nº 9.784, de 1999, além de doutrina, arguindo que o procedimento da fiscalização "restou totalmente contrário às normas que disciplinam o procedimento fiscal no âmbito da administração Federal, tendo em vista que além de ter sido perfectibilizado de forma irregular, ou seja, contra sujeito passivo que não é o responsável pelo pagamento do tributo retido na fonte, não efetuou todos os procedimentos cabíveis no intuito de verificar a veracidade dos fatos alegados".

Mais adiante, aludindo aos princípios da verdade material e da legalidade, diz que "devem ser levadas em consideração toda a documentação da empresa, bem como as que serão anexadas ao processo posteriormente, tendo em vista que a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda firmou entendimento de que a prova trazida aos autos mesmo após a impugnação deve ser apreciada pela Administração", e requer perícia, formulando 3 (três quesitos) e indicando assistente técnico.

Requer, ao final, a nulidade dos dois Autos de Infração ou sua improcedência, protestando por todos os meios de prova admitidas no Direito, especialmente perícia e juntada posterior de novos documentos.

II – Da Decisão de Primeira Instância

O Acórdão de 1º grau rejeitou a preliminar de nulidade, indeferiu pedido de diligência/perícia e julgou improcedente a Impugnação, argumentando, em resumo, que:

(...)

Doravante cuida do mérito, onde também não cabe dar razão ao contribuinte. Ainda que a legislação determinasse a retenção de todo o PIS e Cofins devidos pela atuada na prestação de serviços cujos pagamentos ensejaram a retenção, ela permaneceria integrando o pólo passivo da obrigação tributária por não haver sua exclusão expressa.

Na situação dos autos a retenção se deu com base nos arts. 30 e 31 e da Lei nº 10.833, de 2003, que prevêem a retenção da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL, da COFINS e do PIS/PASEP, nos percentuais de 1% (um por cento), 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), enquanto o art. 36 dessa Lei determina que os valores retidos serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção (a Impugnante). Não há, nem na Lei nº 10.833, de 2003, nem no restante do ordenamento jurídico pátrio, disposição prevendo que na hipótese em questão a pessoa jurídica de quem foram retidas as Contribuições foi

substituído pelo responsável que efetua a retenção, com sua exclusão da obrigação tributária.

O termo responsabilidade, no CTN – ou suas variações, como "responsável" e "responde" -, possuem um significado lato sensu e outro mais estreito, stricto sensu.1

No sentido largo quer se referir ao dever de pagar tributo, ser obrigado a pagá-lo. Assim é empregado nos arts. 123 (“Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos...”), 128 (“... a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou...”), 134 (“Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente...”), 135 (“São pessoalmente responsáveis...” etc.

No sentido estrito refere-se ao sujeito passivo que não o contribuinte, tal como definido no inc. II do art. 121 do CTN. Conforme este artigo, contribuinte é o sujeito passivo que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (inc. I); responsável, aquele que não tenha relação direta e pessoal com tal situação, ou seja, o sujeito passivo, quando, “sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”, na linguagem do inc. II do referido artigo.

(...)

Na situação destes autos, o tomador de serviços (AMBEV) é o responsável tributário, enquanto a prestadora de serviços (autuada) é contribuinte. Caso o primeiro não tivesse retido e recolhido os valores de Cofins e PIS (fato que não está em questão, tendo a fiscalização esclarecido que os montantes retidos foram devidamente considerados na autuação contra a prestadora de serviços), sobre ele recairia a responsabilidade, de modo que seria cabível lançamento de ofício. Neste sentido o art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002 (conversão da Medida Provisória nº 16, de 2001):

(...)

Seja na retenção seguida de compensação e ajuste, seja na substituição sem qualquer ajuste, importa observar os termos da lei, para saber que tipo de responsabilidade deve imperar, tanto para contribuinte originário, substituído, quanto para o responsável tributário, substituto. Na situação em tela, em que os artigos, 30, 31 e 36 da Lei nº 10.833, de 2003, não prevêm a retirada do prestador de serviços do pólo passivo da obrigação tributária e simplesmente estabelece a dedução dos valores retidos, o lançamento há de ser feito em seu nome porque do tomador de serviços só se poderia exigir a parte não retida. E como já visto, contra a AMBEV não paira qualquer acusação quanto à não retenção de alguma parcela – nem por parte da fiscalização nem pela Impugnante.

(...)

Por fim, a alegação de que os valores do ICMS e do ISS deviam ser excluídos da base de cálculo do PIS Faturamento e COFINS.

É improcedente porque o Imposto Estadual, bem como o Municipal, integra o valor da mercadoria vendida ou do serviço prestado.

Diferentemente do IPI – cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria -, o ICMS e o ISS integram o faturamento ou receita, tal como previsto nas Leis Complementares nº 7, de 1970 (PIS Faturamento) e 70/91 (Cofins cumulativa) e, mais recentemente, nas Leis nºs 10.637, de 2002 (PIS não-cumulativo) e 10.833, de 2003 (Cofins não-cumulativa). Daí ser indubitável a inclusão na base de cálculo das duas Contribuições.

(...)

Diante do quatro atual, a questão poderá ser decidida em definitivo somente com o julgamento da ADC n.º 18 pelo STF. Até lá cabe manter a interpretação prevalente no STJ, pela inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e Cofins, que coincide com o desta 2ª Turma.

(...)

III – Do Recurso Voluntário

No Recurso Voluntário, a recorrente recuperou parte substancial de sua argumentação contida na Impugnação. Em síntese, os pontos suscitados no recurso são os seguintes:

- 1 – Da não consideração dos insumos no cálculo dos créditos de PIS e da Cofins
- 2 – Da indevida inclusão do ISS e do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins
- 3 – Das retenções não consideradas
- 4 – Da responsabilidade tributária
- 5 - Dos pedidos:
 - (A) Seja declarada a nulidade ou improcedência do auto de infração,
 - (B) Juntada de novas provas e perícia, para a qual apresenta quesitos.

Voto

Conselheiro Ronaldo Souza Dias, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade; assim, dele conheço.

Preliminar de Nulidade

Embora não tenha desenvolvido um tópico específico em seu recurso a título de nulidade, a recorrente alude ao tema em várias passagens da peça recursal, além de incluir entre os pedidos a declaração de nulidade do auto de infração. Uma das referidas passagens é a que trata de retenções na fonte:

Diante destas considerações, **o Auto de Infração em comento deve ser imediatamente anulado a fim de que seja restabelecida a ordem jurídica**, principalmente **após a comprovação inequívoca dos recolhimentos dos valores retidos na fonte**, a ser perfectibilizada pela entrega dos documentos pelas fontes pagadoras, conforme assevera o art. 53 da Lei n.º 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, *verbis*:

Art 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Ora Ilustre Julgador, o fato da autoridade fiscal ter procedido lançamento de forma totalmente equivocada, é motivo suficiente para que se proceda **a anulação do mesmo, tendo em vista que o Fisco agiu em total desacordo com a Lei**, e conseqüentemente, com a moralidade administrativa, que deve nortear a administração, no sentido de perseguir a apuração do ocorrido, orientando o contribuinte, a fim de apurar a verdade material dos fatos.

Entende-se que, mesmo se comprovada a alegação de existência de retenções na fonte que foram negligenciadas na apuração da Fiscalização, o caso não seria de nulidade, mas de simples reforma da decisão *a quo*, para tornar o auto improcedente ou procedente em parte, De qualquer modo, o tema das retenções será examinado mais a frente.

Por outro lado, os elementos essenciais à constituição da exigência, na forma disciplinada pelo artigo 10 do Decreto n.º 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, encontram-se presentes no auto de infração:

Art. 10. **O auto de infração** será lavrado por **servidor competente**, no local da verificação da falta, e **conterá 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.

Por último, a rejeição de pedido de diligência ou perícia pela decisão de 1º grau não configura cerceamento de defesa, como pretende fazer crer a recorrente, pois tais expedientes são utilizados para firmar convicção da autoridade julgadora, que os indefere quando entende prescindíveis ou desnecessários para este mister:

Decreto n.º 70.235/72 (PAF)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, *in fine*.

Para concluir, não tendo sido comprovado cerceamento de defesa, tendo sido lavrado o auto de infração por autoridade competente, com todos os requisitos estabelecidos na legislação de regência, é de se rejeitar a preliminar de nulidade aventada, em consonância ao que determina o PAF, art. 59, *verbis*:

Art. 59. **São nulos**:

I - **os atos e termos lavrados por pessoa incompetente**;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

MÉRITO

No mérito, a recorrente alega: 1 – Desconsideração de insumos no cálculo dos créditos de PIS e da Cofins; 2 – Indevida inclusão do ISS e do ICMS na base de cálculo das contribuições; 3 – Retenções na fonte não consideradas, e 4 – Responsabilidade tributária.

1 - Insumo

Quanto ao primeiro ponto, relativo a possível desconsideração de insumos no cálculo dos créditos de PIS e da Cofins, observa-se (v. impugnação fls. 70/98) que o mesmo não fora suscitado frente ao colegiado de primeiro grau, razão pela qual a matéria deve ser considerada preclusa e, portanto, não suscetível de conhecimento em sede de segundo grau. Tal é o entendimento pacífico nesta Turma e, em geral, no próprio CARF, conforme exemplo de acórdão da CSRF abaixo citado:

IMPUGNAÇÃO INEXISTENTE. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE LITÍGIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido especificamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade, e, menos ainda, de ofício. Nos termos do art. 17 do Decreto n.º 70.235/72, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão em relação ao tema (responsabilidade solidária). Incabível a apreciação de alegada matéria de ordem pública quando não conhecida a impugnação, por intempestividade.

(Ac. 9303-011.582, **unânime**, sessão de 22/07/21, Rel. Rodrigo Mineiro Fernandes)

2 – Inclusão de ISS e ICMS na base de cálculo

O tema fora apreciado na decisão recorrida, nos seguintes termos:

Diferentemente do IPI – cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria -, o ICMS e o ISS integram o faturamento ou receita, tal como previsto nas Leis Complementares n.º 7, de 1970 (PIS Faturamento) e 70/91 (Cofins cumulativa) e, mais recentemente, nas Leis n.ºs 10.637, de 2002 (PIS não-cumulativo) e 10.833, de 2003 (Cofins não-cumulativa). **Daí ser indubitável a inclusão na base de cálculo das duas Contribuições.**

No entanto, já decidiu a Corte Maior, conforme RE n.º 574.706/PR, que o ICMS **não integra** a base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins. A Corte, porém, modulou tal decisão, ao apreciar os embargos de declaração opostos pela PGFN, nos seguinte termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que **julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"** -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco

Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, **no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado**, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Ocorre que nas notas fiscais apresentadas não se observa a existência de ICMS destacado nas notas fiscais (v. fls. 132 a 171), nem mesmo a recorrente apresentou qualquer planilha demonstrando tais valores. Quanto ao ISS valem as mesmas observações referentes às notas fiscais, adicionando-se que não há decisão final de mérito no RE nº592.616, que trata do tema no STF.

Assim, não assiste razão ao recorrente no ponto.

3 – Retenções na Fonte

A Contribuinte alegou, por ocasião da impugnação, que, no período autuado, “*a empresa prestou serviço exclusivamente à AMBEV, a qual, por ocasião do pagamento do serviço, reteve na fonte os valores devidos correspondentes ao PIS e à COFINS*”. Porém, importa notar que a Fiscalização considerou as retenções – *informadas em DIRF* - na apuração das contribuições devidas, conforme se observa às fls. 22 (Cofins) e 23 (PIS).

Por outro lado, não demonstrou a impugnante a existência de qualquer valor adicional, além dos já declarados em DIRF, por esta razão, o Colegiado de 1º Grau manteve o cálculo da Fiscalização:

Ainda que a Impugnante tivesse comprovado eventual erro no cômputo dos valores retidos, não caberia anular os lançamentos, mas sim reduzi-los na proporção dos valores que não tivessem sido considerados pela fiscalização. **Mas acontece o contrário: o contribuinte admite terem sido consideradas as retenções noticiadas à Receita Federal, ao mencionar que as informações contidas nas DIRF foram levadas em conta nos lançamentos.** (gn)

Já em sede de Voluntário observa-se o mesmo padrão: Alegações sem qualquer lastro probatório, mas com promessa de juntada posterior de documentos:

(...)

Apenas a título de esclarecimento, vale ressaltar, que **a postulante já requereu junto ao tomador do serviço, os comprovantes das retenções efetuadas na fonte a título de COFINS e PIS, o que deverá ratificar de forma inequívoca as alegações da petionante, e demonstrar a insubsistência do presente Auto de Infração, razão pela qual requer novamente a juntada posterior de documentos, quais sejam, todos os comprovantes de pagamento das retenções na fonte**, a fim de que sejam posteriormente realizadas as diligências cabíveis para verificar efetivamente a totalidade do montante retido e recolhido a título do cotado tributo, tudo com base na verdade material que deve prevalecer no processo administrativo, bem como o princípio da ampla defesa, contraditório e da moralidade administrativa.

Desta feita, ratifica-se a decisão recorrida, no ponto, por seus próprios fundamentos.

4 – Responsabilidade Tributária

A Recorrente alega, por último, “*a nulidade absoluta do auto de infração, tendo em vista que a lavratura do mesmo foi efetuada de forma irregular, vez que a autoridade fiscal autuou pessoa que não é incumbida de pagar o tributo, na medida em que cabe ao responsável tributário o cumprimento da obrigação tributária em virtude de imposição legal*”.

Não assiste razão ao Recorrente.

De modo geral, mesmo que pessoa obrigada à retenção pudesse eventualmente responder pelo crédito tributário, não se deriva daí necessariamente a exclusão do contribuinte do pólo passivo da obrigação tributária. Apenas em casos excepcionais, naqueles de responsabilidade pessoal, conforme disciplinado nos artigos 135 e 137 do código, exclui-se a responsabilidade do contribuinte pelo crédito, ou, quando de modo expresso, lei específica assim o disciplina, na dicção do artigo 128 do Código Tributário Nacional:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, **a lei pode atribuir de modo expresso** a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, **excluindo a responsabilidade do contribuinte** ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Não se verifica, contudo, na legislação específica (artigos 30 e subsequentes da Lei n.º 10.833/03) qualquer amparo para excluir o contribuinte de responsabilidade pelo crédito constituído. Assim, andou bem o Colegiado de primeira instância quando concluiu que:

Seja na retenção seguida de compensação e ajuste, seja na substituição sem qualquer ajuste, importa observar os termos da lei, para saber que tipo de responsabilidade deve imperar, tanto para contribuinte originário, substituído, quanto para o responsável tributário, substituto. **Na situação em tela, em que os artigos, 30, 31 e 36 da Lei n.º 10.833, de 2003, não preveem a retirada do prestador se serviços do pólo passivo da obrigação tributária e simplesmente estabelece a dedução dos valores retidos, o lançamento há de ser feito em seu nome porque do tomador de serviços só se poderia exigir a parte não retida. E como já visto, contra a AMBEV não paira qualquer acusação quanto à não retenção de alguma parcela – nem por parte da fiscalização nem pela Impugnante.** (gn)

Mantém-se o contribuinte no pólo passivo da obrigação tributária.

Do exposto, VOTO por conhecer do Recurso, rejeitar as preliminares, e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias

Fl. 11 do Acórdão n.º 3401-010.861 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10380.722053/2009-58