



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

Processo nº 10410.000107/2011-41
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-002.997 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2018
Matéria IRPJ
Recorrentes MARCIO RAPOSO IMOVEIS - EIRELI e
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

Não havendo omissão, obscuridade ou contradição a serem sanadas via embargos declaratórios, está superada a instância de julgamento, vez que, à Turma julgadora, não cabe modificar a razão do julgamento já ocorrido, ou rediscutir sua justiça, posto que questões atinentes ao mérito da decisão, tão somente pode ser objeto de recurso à instância superior, competente para discuti-las caso, preenchidos os requisitos legais.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO. DECADÊNCIA.

A modalidade de lançamento por homologação, previsto no art. 150, § 40, do CTN, se dá quando o contribuinte apura o montante tributável e efetua o pagamento do imposto sem prévio exame da autoridade administrativa. Caracterizada a ocorrência de dolo por parte do sujeito passivo, o prazo decadencial rege-se pelo disposto no art. 173 do CTN.

DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO.

Aplica-se à multa de ofício isolada a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I, do CTN.

ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS.

Confirmada a presença dos Auditores Fiscais no momento da coleta dos elementos de prova para demonstração do interesse fiscal em cada um dos documentos apreendidos, de modo que todas as peças apreendidas passaram pelo crivo das autoridades fiscais conforme restou cientificado no Auto Circunstanciado de Busca, suprida qualquer eventual alegação de nulidade.

CONDUTA DOLOSA. MULTA QUALIFICADA.

Cabível a aplicação da multa de ofício de 150% quando caracterizado o propósito inequívoco, por parte do sujeito passivo, de impedir ou retardar o conhecimento, pela autoridade administrativa, da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Cancela-se a exigência relativa aos depósitos cuja origem e escrituração foram demonstradas na fase do contencioso.

INTERMEDIACÃO DE VENDAS. COMISSÕES. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Configura omissão de receita a falta de escrituração das comissões recebidas em intermediação de vendas. Excluem-se do lançamento as receitas cujo auferimento não restou comprovado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em sede preliminar, em conhecer dos embargos da Contribuinte, apreciados por força de decisão judicial em mandado de segurança e, no mérito, não acolhê-los. Acordam ainda, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Abel Nunes de Oliveira Neto, Livia de Carli Germano, Claudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente) e Sergio Abelson (suplente convocado).

Relatório

Contra a Recorrente Marcio Raposo Imóveis Ltda foi lavrado o auto de infração de fls. 03/35, através do qual foi constituído o crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ no valor de R\$ 28.026.219,93, assim discriminado:

Imposto: R\$ 638.674,74

Juros de Mora: R\$ 298.671,79

Multa Proporcional: R\$ 825.787,26

Multa Regulamentar: R\$ 26.263.086,14

Total: R\$ 28.026.219,93

De acordo com o auto de infração e com o Relatório de Procedimento Fiscal (fls. 101/111), o lançamento, que se reporta aos anos calendário 2004 a 2007, decorreu das seguintes infrações:

- a) Omissão de receitas com a intermediação de vendas de imóveis;
- b) Omissão de receitas caracterizada pela falta de comprovação da origem de depósitos bancários;
- c) Divergência entre valores escriturados e valores declarados;
- d) Multa regulamentar em razão de a empresa, estando em débitos não garantidos, haver distribuído rendimentos de participações e
- e) Multa regulamentar por omissão de informações na Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias — DIMOB.

Foram, por consequência, lavrados também os autos de infração reflexos concernentes à Contribuição para o Programa de Integração Social PIS (fls. 36/55), no valor de R\$ 140.300,43, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins (fls. 56/78), no valor de R\$ 657.296,64, e A. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL (fls. 79/98), no valor de R\$ 619.411,49.

O crédito tributário total importou em R\$ 29.443.228,49, conforme demonstrativo de fl. 01. Foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais, constituindo o Processo nº 10410.000108/201195, que se encontra na unidade de origem (fl. 7.221).

Apreciada a impugnação, A 3ª Turma da DRJ Recife, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou procedente em parte a impugnação, para exonerar os valores comprovadamente declarados/pagos e por consequência, proporcionalmente as multas sobre eles incidentes (fls. 7222/7224).

Inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em relação à parcela da autuação mantida pela DRJ (fls. 7573/7607). Em relação à parcela exonerada, houve Recurso de Ofício.

Em 07/08/2012, esta Turma, porém com outra composição, consignou no Acórdão 1401000.829 em sua parte dispositiva:

“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado: a) não conhecer do recurso em parte, em face da concomitância com a esfera judicial; b) na parte conhecida, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.”

A princípio, essa redação indicou que a Quarta Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso do contribuinte. Contudo, nos termos da ementa e do voto

vencedor proferido pelo Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira (fls. 7.895/7.923), por maioria de votos, foi dado provimento ao recurso voluntário. Conforme se depreende do seguinte trecho:

“Diante do exposto, refletindo o entendimento majoritário da Turma Julgadora, declaro o presente voto vencedor, no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.”

Em 23/11/2012, a fim de sanar esta contradição, foram opostos Embargos de Declaração pela PGFN no sentido de esclarecer se foi negado provimento ou dado parcial provimento ao recurso da contribuinte e sob qual quórum.

Em 14/02/2013 foi promovida a retificação do Acórdão para constar no resultado do julgamento a negativa de provimento ao Recurso de Ofício e o provimento do Recurso Voluntário, para acolher por maioria de votos a preliminar de nulidade, conforme a redação a seguir:

Por unanimidade de votos NEGARAM provimento ao RECURSO DE OFÍCIO. A Conselheira Karem Jureidini Dias acompanhou pelas conclusões. Em relação ao RECURSO VOLUNTÁRIO, por maioria de votos, ACOLHERAM a preliminar de nulidade, dando-se integral provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira.

Em 08/04/2013, após ter sido cientificada da retificação do Acórdão quanto à procedência do Recurso Voluntário, a PGFN opôs novos Embargos de Declaração (fls. 7984 e ss) reclamando a necessidade de novo julgamento, uma vez que o Acórdão 1401000.829 estaria fundado em falsa premissa, por erro de fato quando anulou o lançamento por utilização de prova ilícita, sob o fundamento de que não houve a participação de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (RFB) na busca e apreensão autorizada por decisão judicial, proferida em 26/06/2008, no Processo nº 2005.80.00.0058765, quando na verdade teria sim havido a participação deles, conforme restaria comprovado pelos documentos e anexados a estes Embargos (fls. 7998/8005).

Em 31/07/2014 foram admitidos os Embargos de Declaração da PGFN (fls. 8052) e postos para julgamento ao Colegiado em 27/08/2014, ocasião em que a Turma, por unanimidade de votos (Acórdão nº 1401-001.260), votou por CONHECER e ACOLHER os embargos, com efeitos infringentes, por erro de fato, para: a) anular a decisão proferida por meio do acórdão nº 1401000.829; e b) como consequência, devolver a relatoria do presente processo ao seu Conselheiro original, Fernando Luiz Gomes de Mattos.

Em 08/12/2015, os autos retornaram a julgamento, quando deliberou-se pela Resolução 1401-000.348 em baixá-los em diligência para, por unanimidade de votos, determinar que o contribuinte fosse cientificado do Acórdão nº 1401-001.260.

Cientificado, a Recorrente manifestou-se por quatro petições, primeiro pela impossibilidade de conhecimento dos Embargos de Declaração da PGFN, sob a alegação de intempestividade, via inadequada para correção de erro de fato e impossibilidade de juntada de novos documentos na fase recursal, tendo denominado este pedido como Embargos de Declaração ou pelo princípio da Fungibilidade, que ao menos fosse sua pretensão processada como Recurso Especial (fls. 8077), manifestou-se novamente pela impossibilidade de

retificação de erro de fato em sede de embargos de declaração conforme pretensão da PGFN que fora acolhida no Acórdão 1401-001.260 (fls. 8227/8228), bem como reiterou os argumentos do Recurso Voluntário pela nulidade do procedimento de fiscalização que segundo ele teria ocorrido sem o necessário acompanhamento dos agentes fiscais em descumprimento da ordem judicial, o que derivaria na ilicitude da prova que amparou a autuação (fls. 8235/8273). Por fim, em 18/04/2016) protocolizou nova petição denominada Embargos de Declaração, reunindo e sintetizando os argumentos das anteriores.

Em 25/08/2016, o Contribuinte apresentou pedido de retificação dos Embargos de Declaração por ele opostos para anexar aos autos um "Relatório de Auditoria de Processo", que relata ter conseguido após sentença em Mandado de Segurança, demonstrando a data de todos os acessos da PGFN aos autos, com os respectivos horários e identificação dos servidores (fls. 8312/8322), a fim de comprovar a intempestividade dos Embargos da PGFN, que tiveram por consequência a anulação do Acórdão que lhe era favorável.

Os autos foram a mim distribuídos, mas ante a ausência de despacho de admissibilidade, cuja competência é exclusiva do Presidente de Turma e sem o qual o processo não poderia sequer ser incluído em pauta de julgamento, conforme art. 65, parágrafos 3o. e 7o. do RI-CARF, proferi despacho saneador de fls. 8336, para que o D. Presidente promovesse o necessário exame de admissibilidade.

Às fls. 8343 foi proferido despacho que inadmitiu os embargos de declaração do contribuinte, por ausência de contradição ou erro de fato alegados.

Buscando a reforma do julgado, às fls. 8355 o contribuinte apresenta reiteração de recurso especial, segundo o mesmo acostado às fls. 8343/8346.

Às fls. 8418 o contribuinte apresenta novo aditamento ao recurso especial.

Às fls. 8425 foi emitido despacho que não admitiu o recurso especial manejado pelo contribuinte.

Retornando à Delegacia de Origem a contribuinte foi cientificado do referido despacho e a Delegacia retornou o processo a este CARF para que fosse emitido novo julgamento de recurso voluntário tendo em vista que após a anulação do acórdão não houve a prolação de nova decisão (fl. 8443).

Além, disso, a contribuinte impetrou Mandado de Segurança n. 0810544-98.2017.4.05.8000 em tramite pela 4a. Vara da Justiça Federal de Alagoas, contra o que denominou ato coator do Presidente de Turma, que teria lhe ferido direito líquido e certo de ver seus Embargos de Declaração apreciados pelo Colegiado, tal qual ocorreu com os dois pleitos da PGFN, quando esta manejou Embargos de Declaração, primeiro para sanar contradição existente na parte dispositiva do Acórdão 1401000.829 e posteriormente para sanar-lhe contradição fundada em erro de fato por eleição de falsa premissa.

Por conseguinte, obteve sentença positiva que lhe concedeu a segurança para:

"determinar que os Embargos Declaratórios interpostos pelo impetrante/contribuinte (id. 4058000.2601565, a partir da página 35, e id. 4058000.2601568, a partir da página 1) no processo administrativo nº. 10410.000107/2011-41 sejam encaminhados para conhecimento, apreciação e julgamento pelo Colegiado da PRIMEIRA TURMA ORDINÁRIA DA QUARTA

CAMARA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF".

A sentença pautou-se principalmente na existência de "erro de fato no proceder da autoridade coatora, pois existem nos autos importantes elementos de prova que afirmam a tese da intempestividade do segundo recurso promovido pela PGFN e reconhecido no Acórdão n°. 1401-001.260 (id. 4058000.2601548, a partir da página 65)".

Para tanto, o D. Juiz verificou os acontecimentos relatados pela contribuinte e teceu as seguintes considerações:

"26. Em geral, vejo que existem elementos mínimos capazes de gerar o direito ao julgamento colegiado dos embargos de declaração que visam o reconhecimento da intempestividade do segundo recurso da PGFN. Ou seja, existem nos embargos de declaração do contribuinte alegações de omissão objetivamente apontadas, que dão azo ao conhecimento pelo colegiado.

27. A base de tudo isto encontra-se no id. 4058000.2601568, página 6. Uma planilha conhecida pela impetrante a partir de outro Mandado de Segurança (Processo n° 0801202-97.2016.4.05.8000) e constante nestes autos sob o id. 4058000.1299785.

28. Nela, resta claro o acesso ao processo administrativo que aqui é debatido (n°. 10410.000107/2011-41), na data de 07/03/2013, pela Procuradora Thais Magnavita Oliveira Falcon, assinante do segundo recurso de embargos de declaração (id. 4058000.2601547, a partir da página 112).

29. Tal fato é de extrema relevância, pois tornaria intempestivo o segundo recurso interposto pela PGFN, já que a partir desta data de 07/03/2013 teria ocorrido a intimação da decisão do CARF pela "ciência nos autos" (parte final do art. 79 do Regimento Interno do CARF) que teria sido dada à referida procuradora.

Assim, considerada fictamente intimada nessa data (07/03/2013), a PGFN teria, em tese, o prazo para embargos de declaração até o dia 12/03/2013, cinco dias após a intimação, o que levaria intempestividade do instrumento recursal interposto no dia 08/04/2013.

30. Não obstante sua fundamentação, não foi reconhecida na decisão que rejeitou os embargos de declaração do contribuinte a existência de tais documentos comprobatórios que demonstram indícios de intempestividade do segundo recurso da PGFN.

31. Por isso, deve-se reconhecer que as alegações de omissão e de erro de fato constantes nos embargos de declaração postos contra o Acórdão n°. 1401-001.260 (id. 4058000.2601548, a partir da página 65) estão objetivamente apontadas, o que leva à necessidade de julgamento de tal matéria pelo colegiado do referido órgão administrativo (como é de direito da parte) e afastamento da decisão de rejeição dos embargos pelo Presidente da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF (ato coator presente no id. 4058000.2601568, a partir da página 46)".

Diante de todo esse quadro, em cumprimento ao despacho proferido pela Delegacia de Origem sobre a necessidade de prolação de novo acórdão em substituição ao anulado Acórdão 1401000.829, bem como para dar cumprimento ao deliberado pela sentença proferida em sede do Mandado de Segurança n. 0810544-98.2017.4.05.8000 em tramite pela 4ª. Vara da Justiça Federal de Alagoas, retornaram os autos para que sejam julgados por este colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Da análise dos Embargos de Declaração do Contribuinte.

Por questão de ordem e prejudicialidade, entendo por bem, analisar em primeiro plano às questões postas nos Embargos de Declaração do Contribuinte, cujo conhecimento e análise nos foram determinados por decisão judicial.

Principalmente as relativas à tempestividade ou não dos Embargos de Declaração opostos pela PGFN em 08/04/2013, que culminaram na anulação do Acórdão 1401000.829, que negava provimento ao Recurso de Ofício e dava provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a nulidade da autuação, que estaria amparada em provas obtidas por meios ilícitos.

Isto porque, caso constatada a intempestividade dos embargos manejados pela PGFN, por via de consequência, há que se reconhecer a imutabilidade do Acórdão 1401000.829, por ausência de recurso administrativo suficiente para tanto, já que os embargos da Fazenda Nacional, uma vez intempestivos não poderiam sequer ter sido conhecidos (art. 65, parágrafo 3o. do Ri-CARF), tornando-o irreformável na esfera administrativa, conforme art. 156, IX do CTN.

Como bem delineado no despacho de admissibilidade proferido pelo D. Presidente da Turma, em cumprimento ao art. 65 do RI-CARF, o que entendo por bem transcrever até para melhor ilustrar o que se esta sendo discutido:

O Embargante alega contradição e erro de fato, em face do Acórdão em Embargos nº 1401-001.260, de 27 de agosto de 2014, proferido pela Primeira Turma Ordinária desta Câmara, sob os seguintes fundamentos:

- a) impossibilidade de correção de erro de fato mediante interposição de embargos de declaração;
- b) impossibilidade jurídica de apresentação de novéis documentos em sede de Embargos de Declaração;
- c) insuficiência dos novéis documentos apresentados pela PGFN; e
- d) intempestividade da peça (nominada de Embargos de Declaração) interposta pela PGFN.

3. Posteriormente, em 25 de agosto de 2016, apresenta o Embargante Aditamento aos Embargos de Declaração (e-fls. 8.312 a 8.316), juntado os documentos de e-fls. 8.317 a 8.321, que, segundo ele, comprovariam a intempestividade dos Embargos de Declaração interpostos pela PGFN.

4. Da análise dos autos, entendo que não devem ser admitidos os presentes Embargos de Declaração, em face de o Acórdão embargado não conter a contradição e o erro de fato suscitados.

5. Com relação ao primeiro item — “impossibilidade de correção de erro de fato mediante interposição de embargos de declaração” —, assim se manifestou a decisão embargada:

Em sede de preliminar, alega, a Embargada, que os embargos não se prestam à rever ou alterar a decisão proferida sob a alegação de erro de fato.

A questão, permissa venia, já resta há muito superada na jurisprudência administrativa, sendo cediço que erro de fato é passível de revisão por meio de embargos.

Veja-se o posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

[...].

De fato, o julgamento com erro de fato tanto se enquadra na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos.

Diante do exposto, entendo deva ser superada a preliminar arguida.

6. Como visto, entendeu a decisão embargada que erro de fato é passível de revisão por meio de embargos.

7. Ora, se entende o Embargante pela impossibilidade de correção de erro de fato mediante interposição de embargos de declaração, está-se diante de matéria suscetível de recurso diverso que não especificamente o de Embargos de Declaração.

8. No que se refere ao segundo item — “impossibilidade jurídica de apresentação de novéis documentos em sede de Embargos de Declaração” —, assim se exprimiu a decisão embargada:

Ainda em sede de preliminar, aduz a Embargante que não poderia a Fazenda Nacional, em sede de embargos de declaração, trazer à colação documentos novos que não fizeram parte do processo original.

Nesse ponto, importante tecer algumas considerações.

[...].

No caso dos presentes autos, não se trata de revisão de fatos ou indagação de fatos novos relativos aos elementos de composição dos fatos geradores em si considerados; mas sim a legalidade das provas colhidas e utilizadas para o lançamento tributário.

Nesse sentido, a aceitação de documentos novos apresentados pela Fazenda Nacional, em sede de embargos de declaração, não tem por objetivo alterar, confirmar ou infirmar os fatos constantes do Termo de Verificação Fiscal que baseou o auto de infração.

Ao contrário, tratam-se de documentos que enfrentam a alegação preliminar aduzida em sede de impugnação e que têm efeitos quanto à validade das provas, não a sua materialidade em si.

Nesse sentido, ainda que procedente os argumentos da Fazenda Nacional, com a análise dos documentos por ela apresentados, não se estará, em momento algum, promovendo a alteração do auto de infração.

Rejeito, também aqui, a preliminar.

9. Como visto, entendeu a decisão embargada que a aceitação de documentos novos apresentados pela Fazenda Nacional, em sede de embargos de declaração, não tem por objetivo alterar, confirmar ou infirmar os fatos constantes do Termo de Verificação Fiscal que baseou o auto de infração.

10. Ora, se entende o Embargante pela impossibilidade jurídica de apresentação de novéis documentos em sede de Embargos de Declaração, está-se diante de matéria suscetível de recurso diverso que não especificamente o de Embargos de Declaração.

11. No tocante ao terceiro item — “insuficiência dos novéis documentos apresentados pela PGFN” —, assim se expressou a decisão embargada:

No mérito, tem-se que os fatos originalmente considerados conduziam à ausência dos Auditores da Receita Federal do Brasil na diligência de busca e apreensão realizada junto à Recorrente, levando à imprestabilidade das provas colhidas, nos termos em que se fundou a decisão embargada.

Esse pressuposto de fato levou em consideração que:

A) que a escrivã de Polícia, sra. Cândida Ferreira de Oliveira Sousa, não relatou a presença dos Auditores Fiscais da Receita Federal na Busca e Apreensão realizada junto à Contribuinte;

B) não consta, também, a participação de referidos Auditores Fiscais do Relatório Circunstanciado de Busca e Apreensão;

C) que a ausência dos Auditores Fiscais na operação de busca e apreensão teria sido reconhecida pela DRJ do Recife, ao afirmar, no acórdão nº 11.34007, que “a ausência do Auditor Fiscal, da Receita Federal naquela diligência não inquina de validade a ação”;

D) que o relatório realizado pelo Delegado Antônio Miguel Pereira Júnior, que presidiu a diligência, não faz referência à presença de Auditores Fiscais.

No entanto, a partir do momento em que a Fazenda Nacional trouxe aos autos documentos que comprovam a presença de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil no cumprimento da ordem judicial de busca e apreensão, o vício que inquinava a legalidade das provas do presente processo mostrou-se inexistente.

Analisando as razões de embargos de declaração, é possível extrair-se, a partir de declaração firmada pelos Auditores Fiscais Antônio Sinval Machado Filho e João Felipe Rocha Lages, por si só, já se mostram suficientes para confirmar o erro de fato no julgamento realizado por esta Turma Julgadora.

Isso porque a decisão embargada (i) tomou em consideração a ausência de servidores fiscais no cumprimento da ordem de busca e apreensão, nos termos da decisão judicial, quando, em verdade, (ii) houve o acompanhamento fiscal em referida diligência, nos exatos termos da decisão judicial.

Não subsiste, pois, o substrato fático segundo o qual a decisão foi proferida.

12. Como visto, entendeu a decisão embargada que a Fazenda Nacional trouxe aos autos documentos que comprovam a presença de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil no cumprimento da ordem judicial de busca e apreensão.

13. Ora, se entende o Embargante pela insuficiência dos novéis documentos apresentados pela PGFN, está-se diante de matéria suscetível de recurso diverso que não especificamente o de Embargos de Declaração.

14. Por fim, relativamente ao quarto item — “intempestividade da peça (nominada de Embargos de Declaração) interposta pela PGFN” —, assim se pronunciou a decisão embargada:

Os embargos são tempestivos e, atendidos os demais requisitos de lei, deles conheço.

15. Como visto, entendeu a decisão embargada que os embargos são tempestivos.

16. Ora, se entende o Embargante pela intempestividade da peça (nominada de Embargos de Declaração) interposta pela PGFN, está-se diante de matéria suscetível de recurso diverso que não especificamente o de Embargos de Declaração.

17. Inexistentes, pois, as apontadas contradição e erro de fato.

18. Com fundamento nas razões expendidas, REJEITO os Embargos de Declaração interpostos.

Nota-se que a todo o tempo, o despacho que nega admissibilidade aos Embargos de Declaração da Contribuinte justifica não serem as questões levantadas possíveis de serem revistas por meio deste instrumento processual.

Por outro lado, temos que o inconformismo do contribuinte é tamanho que num esforço de rever o "decisum", interpôs também Recurso Especial, no qual, veicula as mesmas razões de fato e de direito, apontando alguns julgados como paradigmas e com os quais pretende a reforma do julgado que lhe foi desfavorável.

Recurso Especial que por sua vez também teve seguimento negado pela não caracterização das divergências de interpretação suscitadas, e especialmente no que se refere à tempestividade dos Embargos de Declaração opostos pela PGFN, sob o argumento principal de que: *"a ciência presumida não pode prevalecer sobre a realidade dos fatos, ou seja, a ciência efetiva (e-fls. 8.373), faltou-lhe apresentar acórdãos paradigmas que alicerçassem esse entendimento, de modo a lhe permitir alçar essa discussão à Câmara Superior"*.

A todo momento o Contribuinte assevera que seus Embargos de Declaração tem por objetivo corrigir falsa premissa fática representada pelo reconhecimento da tempestividade dos Embargos de Declaração da PGFN opostos em 08/04/2013 tomada pelo Acórdão n. 1401-001.260.

Isto porque, conforme documento por ele obtido após manejo de Mandado de Segurança, denominado relatório de acessos aos processo (fl.s 8317/8321) dá conta de que a Procuradora da Fazenda Nacional Thais Magnavita acessou o processo em 07/03/2013, razão pela qual ela teria até o dia 12/03/2013 para opor os embargos declaratórios, não podendo ser conhecido o recurso protocolizado em 08/04/2013, por intempestividade manifesta.

Desta feita, a questão a ser solucionada está na eleição da data em que houve a efetiva ciência por parte da PGFN quanto ao decidido no Acórdão 1401000.829 e, por consequência o início do prazo para oposição dos Embargos de Declaração.

Corroborando a tese da contribuinte, há no autos Despacho de Encaminhamento dos autos para intimação da PGFN sobre o conteúdo do Acórdão 1401000.829, proferido pela secretaria da câmara em 06/03/2013 (fl. 7982), com expedição do processo na mesma data (fl. 7983).

Aponta a Contribuinte que a ciência da PGFN se deu em 07/03/2013, com base em um documento nominado relatório de acessos ao processo (fls. 8317/8321), no qual, estão descritas as informações relativas ao CPF do agente, data, horário e identificação do equipamento utilizado para o acesso, indicando a D. Procuradora acessou os autos em 07/03/2013, 14/03/2013, 01/04/2013 e em 08/04/2013, quando protocolou os embargos.

Contudo, o RI-CARF, em seu art. 79, na redação vigente à época, no que diz respeito à intimação da PGFN era expresso ao dizer:

Art. 79. Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do CARF na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão.

§ 1º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do CARF, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo digital do sistema, à PGFN, para fins de intimação.

§ 2º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contado da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN por meio digital.

Na redação atual dada pela Portaria MF nº 39, de 2016, referido dispositivo teve sua redação alterada para:

Art. 79. O Procurador da Fazenda Nacional será considerado intimado pessoalmente das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN, salvo se antes dessa data o Procurador se der por intimado mediante ciência nos autos.

Assim, seja pela redação vigente à época dos fatos, seja pela atual, na falta de ciência expressa nos autos, por parte da PGFN, temos que a data de 07/03/2013 pode ser entendida tão somente como data de entrega dos autos à PGFN, que ainda teria o prazo de 30 dias a partir de então para ser considerada intimada, nos moldes do art. 79 do RI-CARF, de maneira que correto o entendimento quando à tempestividade dos Embargos protocolados em 08/04/2013, vez que seguindo a regra, o início do prazo para a PGFN embargar teria se dado em 07/04/2013.

Ademais, consigno que em havendo regra específica quando à formalização da intimação à PGFN no RI-CARF, esta prevalece à regra geral do art. 241 do CPC citada pelo contribuinte em seu recurso.

Quanto as demais questões alegadas em sede de embargos, relativas à: i) impossibilidade de correção de erro de fato mediante interposição de embargos de declaração; ii) impossibilidade jurídica de apresentação de novéis documentos em sede de Embargos de Declaração e iii) insuficiência dos novéis documentos apresentados pela PGFN;

Tal qual consignado no Despacho de Admissibilidade proferido pelo Presidente da Turma, nos moldes do art. 65 do RI-CARF, do qual adoto os fundamentos, todas as questões levantadas foram enfrentadas pelo acórdão embargado, não havendo omissão, obscuridade ou contradição a serem sanadas via embargos declaratórios, estando superada a instância de julgamento, vez que, neste momento, não cabe modificar a razão do julgamento ocorrido naquela ocasião, ou rediscutir sua justiça, posto que sua correção ou não somente pode ser objeto de recurso à instância superior, competente para discuti-las caso, preenchidos por parte da contribuinte os requisitos legais.

Assim, em cumprimento a ordem judicial proferida em Mandado de Segurança, submeto as questões veiculadas pelo contribuinte em seus Embargos de Declaração à apreciação do Colegiado e voto no sentido não acolhê-los.

Ante o exposto, voto conhecer dos embargos e no mérito, por não acolher os embargos de declaração do contribuinte.

Do novo julgamento.

Superada a análise da análise dos embargos de declaração do contribuinte, na sequência do voto, observo a necessidade de se proferir novo acórdão em substituição ao Acórdão 1401000.829, anulado por meio do Acórdão 1401-001.260 à unanimidade votou por CONHECER e ACOLHER os embargos da PGFN, com efeitos infringentes, por erro de fato e devolvê-los para novo julgamento, conforme anotado pela Delegacia de Origem, no Despacho de Encaminhamento de fls. 8443.

Para julgamento, há nos autos Recurso de Ofício quanto ao crédito exonerado relativo à diversas parcelas do crédito tributário originalmente lançado, bem como Recurso Voluntário do Contribuinte, no qual reclama reforma do julgado.

Do Recurso de Ofício.

No que diz respeito à análise do Recurso de Ofício, entendo precisos os argumentos do Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Matos, ao julgá-lo improcedente por ocasião do Acórdão 1401-000.829 mediante os seguintes argumentos, os quais peço vênha para reproduzir:

Decadência

Em relação ao IRPJ, CSLL e multas isoladas, a 3ª Turma da DRJ Recife exonerou o crédito tributário relativo aos três primeiros trimestres do ano-calendário 2004, pelas seguintes razões (fls. 7229):

18. Como se verifica nos autos de infração, a contribuinte, nos anos-calendário em questão, apurou trimestralmente o imposto pelo regime do Lucro Presumido. Assim é que, para o ano calendário 2004, que é o período mais remoto da autuação, o lançamento relativo aos três primeiros trimestres poderia ter sido efetuado no próprio ano de 2004. Por conseguinte, o prazo decadencial teve seu curso iniciado em 1º de janeiro de 2005, que é o primeiro dia do exercício seguinte

àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e os efeitos decadenciais operaram-se em 10 de janeiro de 2010. Como o lançamento somente foi cientificado em 28 de dezembro de 2010, há de ser exonerado o crédito tributário relativo ao IRPJ e à CSLL apurados nos três primeiros trimestres do ano-calendário 2004.

19. Já em relação aos débitos apurados a partir do quarto trimestre de 2004, afasta-se a arguição da decadência. Nesse caso, o lançamento do IRPJ e da CSLL somente poderia ter ocorrido em 2005, em face do que o prazo de decadência fluiu a partir de 10 de janeiro de 2006, completando-se o lapso quinquenal em 10 de janeiro de 2011.

[...]

21. No que concerne as multas isoladas, sabe-se que multa não é tributo e, portanto, não se há de falar em homologação em tais casos. Deve-se observar, assim, a regra geral veiculada no art. 173, I, do CTN.

22. Sendo assim, as multas referentes à distribuição indevida de participações, da mesma forma que o IRPJ e a CSLL, não podiam mais ser exigidas em relação aos três primeiros trimestres de 2004 (planilhas de fls. 956/961).

Em relação ao PIS e à Cofins, o colegiado julgador a quo considerou alcançados pela decadência os créditos tributários referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004, com base nos seguintes argumentos (fls. 7229):

20. Quanto ao PIS e à Cofins, cuja apuração é mensal, vale a mesma conclusão para os primeiros onze meses do ano calendário 2004, em relação aos quais o lançamento poderia ter sido efetuado no próprio ano de 2004 (os débitos apurados em novembro/2004 tiveram vencimento em 15/12/2004). O crédito tributário relativo a esses meses deve ser exonerado. Já a partir de dezembro de 2004, cujo vencimento ocorreu em janeiro de 2005, o prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2006 e somente conformou-se em 10 de janeiro de 2011.

Como se vê, em relação ao IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e multas isoladas, o colegiado julgador aplicou corretamente a regra geral de decadência, prevista no art. 173, I, do CTN. Consequentemente, em relação a esta matéria, a decisão de piso não merece quaisquer reparos.

Omissão de receitas – Intermediação de venda de imóveis

Em relação a este item, o colegiado julgador a quo excluiu das bases de cálculos dos lançamentos os valores das supostas receitas omitidas cuja comprovação estava baseada exclusivamente em simples “listagens de vendas”. Sobre o tema, assim se pronunciou o acórdão de piso, fls. 7232 (grifado):

27. Os documentos de que se valeu a fiscalização para considerar confirmadas as receitas (entre os quais não há e-mails, como reclama a impugnante) são hábeis para tal fim, com a única exceção da listagem de vendas. Estas não constituem documento representativo de compra e venda, não se podendo assegurar, a partir delas, que a operação foi efetivada ou que houve recebimento de comissão por parte da contribuinte. Não se prestam a confirmar, enfim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

28. Devem ser excluídas, por conseguinte, as receitas cuja comprovação se fundamenta apenas em listagem de vendas.

Como exemplo, tem-se à fl. 1173 listagem em que consta venda pelo corretor Gilson José Paulo, referente ao Edf. Tabriz. Ao elaborar a planilha contendo as receitas consideradas confirmadas (fl. 1626), a fiscalização relacionou a referida operação, fazendo constar como fundamento a "rel. de vendas por corretor", consignando o próprio corretor como adquirente e ressaltando que "contribuinte informa que não consta venda".

De fato, as simples "listagens de vendas" não constituem meios de prova suficientes para comprovar a efetividade da operação de compra e venda e/ou o recebimento de comissões por parte da recorrente.

Importante destacar que em todos os demais casos mantidos pelo colegiado julgador a quo, as vendas omitidas foram comprovadas por meio de contratos, recibos, notas fiscais, escrituras, registros em cartório, informações constantes de DIMOBs e outros documentos apresentados pela própria recorrente, em resposta às intimações que lhe foram dirigidas durante os procedimentos de fiscalização.

Diante do exposto, também em relação a este tema considero que o acórdão recorrido merece ser ratificado.

Ausência de comprovação da origem de depósitos bancários Em relação a este item, o acórdão recorrido excluiu do lançamento o valor de R\$ 296.350,01, por ter sido lançado em duplicidade no dia 31/12/2005.

Sobre o tema, assim se pronunciou o acórdão recorrido, fls. 7.234:

32. No que se refere A duplicidade de lançamento, tem razão a impugnante. A listagem dos depósitos (fls. 126/131) revela que, relativamente ao quarto trimestre de 2005, foram considerados sem comprovação de origem os depósitos de R\$ 13.392,59, no dia 14/11/2005, de 196.350,00, no dia 09/12/2005, e de R\$ 100.000,01, no dia 26/12/2005. Entretanto, constaram no lançamento as seguintes receitas (fl. 28):

31/12/2005: R\$ 13.392,59

31/12/2005: R\$ 296.350,01

31/12/2005: R\$ 296.350,01

33. Como se vê, houve de fato o lançamento de receita no valor de R\$ 296.350,01 em duplicidade, cuja tributação deverá ser afastada na presente decisão.

Os elementos constante dos autos corroboram o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, o qual merece ser confirmado, em relação a esta parcela.

Além disso, a decisão de piso também excluiu os valores de R\$ 17.504,19 (22/10/2004), R\$ 10.425,89 (22/12/2004), R\$ 13.392,59 (14/11/2005) e R\$ 8.986,45 (05/06/2007), por entender que a recorrente logrou demonstrar a origem dos aludidos depósitos, com base nos seguintes argumentos:

Depósito no valor de R\$ 17.504,19, havido no dia 22/10/2004

37. Segundo a defesa, o depósito corresponderia a três notas fiscais, de números 6146 (fl. 285), 6147 (fl. 286) e 6151 (fl. 290), emitidas em 20/10/2004 e em 21/10/2004.

37. O somatório dos valores líquidos das notas indicadas pela contribuinte perfazem o valor do depósito, e as datas de emissão dos documentos são muito próximas à data do crédito bancário.

Considero que a coincidência de datas e valores efetivamente constituem prova de que o depósito em causa reflete o pagamento pelos serviços objeto daquelas notas fiscais. Verifica-se, ainda, que ditas notas fiscais foram contabilizadas, conforme Razão As fls. 1466/1467 e 1535, em face do que deve ser afastada a presunção de omissão de receita.

Depósito no valor de R\$ 10.425,89, havido no dia 22/12/2004 38. Como se vê A fl. 126, a fiscalização considerou não comprovada a origem de três depósitos havidos em 22/12/2004, nos valores de R\$ 4.000,00, R\$ 4.000,00 e R\$ 2.425,89.

39. Alega a empresa que o depósito corresponde à nota fiscal nº 6190 (fl. 324), emitida em 15/12/2004 contra a Cipesa Engenharia.

40. Considerando: i) que à fl. 140 consta o extrato do Bradesco dando conta de que os depósitos referem-se a "DOC crédito automático Cipesa Engenharia"; ii) que a soma dos valores dos depósitos corresponde ao montante líquido da nota fiscal 6190 emitida pela Cipesa Engenharia e iii) que houve a devida escrituração contábil (fls. 1468 e 1537), tenho por indevida a presunção de omissão de receita.

Depósito no valor de R\$ 13.392,59, havido no dia 14/11/2005

41. O depósito em questão está listado pela fiscalização à fl. 127.

42. A alegação da defesa é de que o crédito tem origem em duas notas fiscais, a saber: NF nº 6407, no valor de R\$ 6.060,90, emitida em 03/11/2005 contra Construtora Borges e Santos (fl. 486), e NF nº 6413, no valor de R\$ 7.331,69, emitida em 10/11/2005 contra Placic Ltda (fl. 492).

43. Com efeito, as notas somam o valor do depósito, há proximidade de datas e houve a regular contabilização das notas (fls. 1484, 1485, 1545 e 1547), pelo que considero comprovada a origem do depósito.

[...]

Depósito no valor de R\$ 8.986,45, havido no dia 05/06/2007 (listado à fl. 129)

46. Segundo a impugnante, o depósito seria originário da notas fiscais nº 6776, no valor de R\$ 4.171,20, emitida contra Falcão Construções, e 6779, no valor de R\$ 4.815,25, emitida contra Resulta.

47. A NF nº 6776 encontra-se com cópia à fl. 764, foi emitida em 29/05/2007 e tem o valor líquido indicado pela impugnante. A NF nº 6779 (cópia à fl. 766) foi emitida em 01/06/2007 e tem o valor líquido conforme informado pela defendente. Ambas estão contabilizadas (fls. 1514 e 1564) e, pelas razões anteriormente expendidas neste voto, entendo deva ser afastada a presunção de omissão de receita.

Compulsando os elementos constantes dos autos, em particular aqueles expressamente mencionados nos trechos acima transcritos, considero que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou de maneira cuidadosa e objetiva as alegações da recorrente.

Também partilho da opinião de que as origens dos aludidos depósitos foram devidamente comprovadas, tendo em vista a proximidade de datas e a coincidência de valores em relação a uma (ou mais de uma) nota fiscal, regularmente emitida pela recorrente.

Diante do exposto, também em relação a estas exclusões do lançamento, considero que agiu corretamente o acórdão de piso.

Diferença entre valores escriturados e valores declarado/pagos

O Fisco lançou supostas diferenças de IRPJ e Cofins, resultantes da comparação entre valores escriturados e valores pagos/declarados em DCTF.

Em sua peça impugnatória, a recorrente arguiu que, no caso do IRPJ, as diferenças apontadas pelo Fisco decorriam da não consideração da compensação do Imposto de Renda Retido na Fonte — IRRF. No caso da Cofins, alegou que o Fisco equivocou-se, ao simplesmente repetir os mesmos valores das diferenças apontadas para o IRPJ.

O acórdão recorrido reconheceu o equívoco cometido em relação à Cofins, nos seguintes termos, fls. 7237:

51. Examinando-se o demonstrativo elaborado pela autoridade autuante (fls. 965/970), constata-se, de plano, que a impugnante tem razão quanto à Cofins. Primeiro, porque não há correspondência entre os valores lançados e os demonstrados na planilha. Segundo, porque os valores lançados são idênticos aos do IRPJ, inclusive no que se refere ao período trimestral de apuração, quando se sabe que, no caso da Cofins, a apuração é mensal. Devem, portanto, ser exonerados os valores da Cofins lançados a este título.

A clareza dos argumentos constantes do acórdão recorrido torna dispensável qualquer consideração adicional sobre o tema.

No tocante ao IRPJ, a decisão de piso deu parcial provimento à impugnação, pelas razões expostas às fls. 7237-7238, verbis:

52. Quanto ao IRPJ, assiste razão em parte ao sujeito passivo. Confrontando-se o demonstrativo fiscal com o Razão Analítico e planilhas acostados na impugnação 7174/7176), constata-se que a fiscalização considerou o IRPJ apurado mas não deduziu o imposto retido em cada trimestre de apuração.

53. Constam, no Razão, valores de IRPJ compensado, os quais são iguais ou superiores aos valores do IRRF declarados em DIPJ. Considerando-se o menor desses dois valores na dedução do IRPJ, nenhuma diferença resulta a lançar, salvo no 1º trimestre de 2007. A guisa de exemplo, tome-se o 1º trimestre de 2005:

- a) IRPJ apurado R\$ 49.213,40 (conforme planilha fiscal)
- b) IRPJ compensado = R\$ 5.147,79 (conforme Razão de if 7174)
- c) IRRF compensado = R\$ 2.868,11 (conforme DIPJ)
- d) IRPJ devido = R\$ 46.345,29 (a-c)
- e) IRPJ declarado em DCTF = R\$ 46.345,30 (conforme planilha fiscal)

Diferença a lançar = O (d-e)

54. Em relação ao 1º trimestre de 2007, há imposto residual a exigir, embora em valor inferior ao lançado, como segue:

- a) IRPJ apurado = R\$ 94.782,20 (conforme Razão de fl. 7176)

b) IRPJ compensado = R\$ 9.329,48 (conforme Razão de fl.

7176)

c) IRRF compensado = R\$ 9.329,48 (conforme DIPJ)

d) IRPJ devido = R\$ 85.452,72 (a-b ou c)

e) IRPJ declarado cm DCTF = R\$ 78.597,90 (conforme planilha fiscal)

Diferença a ser mantida = R\$ 6.854,82 (d-e)

Considero inteiramento correto o entendimento adotado pelo acórdão de piso, bem como os cálculos aritméticos constantes da decisão recorrida. Assim sendo, também em relação a estas parcelas excluídas do lançamento, o acórdão recorrido merece ser ratificado.

Multa por omissão de informações na DIMOB

O colegiado julgador a quo acolheu a tese da contribuinte, ora recorrente, no sentido de que no anos-calendário de 2006 e 2007 não houve apresentação de DIMOB, razão pela qual deveria ter sido aplicada a multa de R\$ 5.000,00 por mês-calendário, conforme previsto no art. 57, II da MP nº 2.158-25 de 2001.

De fato, as autoridades autuantes exigiram, indevidamente, a penalidade prevista no inciso I do aludido art. 57 MP nº 2.158-25 de 2001, qual somente se revela aplicável quando a DIMOB tenha sido entregue, com alguma informação omitida, inexata ou incompleta.

Em relação a esta questão, adoto e transcrevo as razões de decidir constantes do acórdão recorrido, fls. 7244:

74. No que se refere aos anos-calendário 2006 e 2007, nos quais não houve entrega da DIMOB, tem razão a impugnante em sua contestação. Com efeito, a penalidade, nesse caso, é a prevista no inciso I, e não no inciso II, do art. 57 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e no inciso I, e não no inciso II, do art. 30 da Instrução Normativa SRF nº 304, de 2003.

75. Saliento que a Instrução Normativa SRF nº 304, de 2003, foi revogada pela Instrução Normativa SRF nº 576, de 10 de dezembro de 2005, por sua vez revogada pela Instrução Normativa SRF nº 694, de 13 de dezembro de 2006, as quais mantiveram, em seu art. 40, a redação original do dispositivo, como segue:

Art. 4º A pessoa jurídica que deixar de apresentar a Dimob no prazo estabelecido, ou que apresentá-la com incorreções ou omissões, sujeitar-se-à às seguintes multas:

I - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, no caso de falta de entrega da Declaração ou de entrega após o prazo; (g. n.)

II - cinco por cento, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta.

76. Portanto, deveria a fiscalização ter exigido a multa correspondente a R\$ 5.000,00 por mês-calendário relativamente aos anos de 2006 e 2007, sendo descabida a aplicação da penalidade nos moldes em que efetivada nos autos. A

norma do inciso II traz como pressuposto que a declaração foi entregue, porém com informação omitida, inexata ou incompleta. Já se a declaração não foi entregue, como no caso vertente, está-se diante da hipótese expressamente prevista no inciso I, tendo-se por configurado descumprimento de obrigação acessória para o qual a norma estabelece cominação específica, inteiramente diversa da prevista no inciso II.

77. Destaque-se que não se trata de mero erro de enquadramento legal, o que poderia eventualmente ser relevado. Trata-se, aqui, de erro na aplicação da legislação tributária. Também não cabe a este órgão colegiado a correção do procedimento fiscal, ainda que dela resultasse valor menor a exigir do sujeito passivo, por ser defeso à autoridade julgadora agravar a exigência inicial inovando-lhe ou alterando-lhe a fundamentação legal. O agravamento da exigência demanda auto de infração complementar, nos termos do art. 18, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 1972 .

Com base nestes fundamentos, considero que em relação a este tema o acórdão recorrido também merece ser confirmado.

Considerados os esclarecimentos acima transcritos, que analisaram a exaustão a argumentação posta pelo contribuinte, não vejo motivo algum para reforma dos fundamentos adotados pelo Conselheiro Relator do Acórdão 1401-000.829 quando negou provimento ao Recurso de Ofício, o quais adoto como parte integrante deste julgado para manter a decisão de piso em relação a parte do crédito exonerado, consistente nos seguintes valores a seguir:

I – Quanto ao IRPJ: exonerar o valor de R\$ 201.593,35 e manter o valor de R\$ 437.081,39, que deve ser exigido com os acréscimos legais tal como lançados;

II – Quanto à CSLL: exonerar o valor de R\$ 31.225,67 e manter o valor de R\$ 177.032,37, que deve ser exigido com os acréscimos legais tal como lançados;

III – Quanto ao PIS: exonerar o valor de R\$ 7.758,09 e manter o valor de R\$ 39.244,38, que deve ser exigido com os acréscimos legais tal como lançados;

IV – Quanto à Cofins: exonerar o valor de R\$ 40.403,64 e manter o valor de R\$ 181.128,45 , que deve ser exigido com os acréscimos legais tal como lançados;

V – Quanto à multa regulamentar por distribuição de rendimentos (infração 04): exonerar o valor de R\$ 96.380,02 e manter o valor de R\$ 2.487.029,43 e

VI – Quanto à multa regulamentar por descumprimento de obrigação acessória (infração 05): exonerar o valor de R\$ 17.560.224,09 e manter o valor de R\$ 6.119.452,60.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício.

Recurso Voluntário.

No Acórdão 1401-000829, o ponto principal do Recurso Voluntário posto a julgamento, diz respeito a preliminar de nulidade das provas encaminhadas pela Polícia Federal para a Receita Federal do Brasil, dada a ilicitude na obtenção das provas, posto que o procedimento de busca e apreensão teria ocorrido sem a presença dos auditores fiscais da Receita Federal, contrariando os termos da decisão judicial que autorizou o procedimento.

Analisando a questão, o Voto Vencedor do Acórdão, havia acolhido tal preliminar e cancelado a autuação, tendo como ilícitas as provas carreadas pela Polícia Federal sem o acompanhamento do procedimento por auditores da Receita Federal, por haver

entendido como descumprida a ordem judicial do Juízo Federal da 3a. Vara da Seção Judiciária de Alagoas.

Justamente esse fundamento da autuação foi objeto dos Embargos de Declaração opostos pela PGFN em 08/04/2013, nos quais demonstrou documentalmente que o procedimento havia sim sido acompanhado pelos auditores da Receita Federal conforme determinação judicial, anexando aos autos a declaração fornecida pelos auditores de fls. 7998, acompanhada dos comprovantes de diárias e determinação para procedimento por parte da Superintendência da 4a. RF/RFB.

Tal prova foi recepcionada pelo Acórdão 1401-001.260, que a utilizou como fundamento para anular o Acórdão 1401-000829, determinando que outro fosse produzido em seu lugar, considerando os elementos trazidos nessa fase processual.

A fim de prevenir qualquer nulidade, os autos foram baixados em diligência, por Resolução específica, destinada a intimação do contribuinte para manifestação a respeito dos novos elementos probatórios acolhidos, tendo ele se manifestado tão somente pela impossibilidade de aceitação das provas trazidas pela PGFN em 2a. instância, bem como pela intempestividade dos embargos já superada no início deste voto.

Fato é que no meu entender, as provas de que os auditores fiscais acompanharam o procedimento operado pela Polícia Federal, conforme decisão judicial já estão nos autos, não me cabendo neste momento avaliar a justiça ou não da decisão que as recebeu, fato já enfrentado no Acórdão 1401-001.260, sobre o qual não tenho competência para deliberar, até porque demonstram a regularidade do procedimento de fiscalização.

Assim, entendo suprida a falha que dava ensejo ao reconhecimento da nulidade, já que demonstrada a presença dos Auditores Fiscais no momento da coleta dos elementos de prova para demonstração do interesse fiscal em cada um dos documentos apreendidos, de modo que todas as peças apreendidas passaram pelo crivo das autoridades fiscais conforme restou cientificado no Auto Circunstanciado de Busca de fls. 7.376/73979.

Neste seguir voto por afastar a preliminar de nulidade suscitada, dada que suprida qualquer irregularidade pela presença dos Auditores Fiscais.

Multa Qualificada.

No caso concreto, a multa aplicada têm fundamento no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, que posteriormente foi alterado para o § 1º do mesmo artigo, que prescreve que a multa de ofício (75%) - que é a multa aplicável em decorrência de um procedimento fiscalizatório - deve ser aplicada em dobro (150%) nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64:

Lei nº 9.430, de 1996: (à época dos fatos)

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de

declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Em seu relatório fiscal (fls. 101 e s.s.), o autuante acusa o sujeito passivo em "evidentes atos de sonegação", conluio e idícios de outras fraudes: i) Notas Fiscais de Intermediação emitidas em valores diferentes das comissões efetivamente recebidas; ii) contratos com valores distintos dos efetivamente pactuados; ii) prática reiterada de omissão de receitas e de omissão na prestação de informações na DIMOB.

A condutas praticadas pela autuada que justificaram a qualificação da multa foram descritas detalhadamente pela autoridade fiscal ao mencionar que:

Desse confronto podemos constatar várias irregularidades, divergências e não reconhecimento de vendas por parte do contribuinte, que confirmamos por meio de um dos comprovantes acima descritos; dentre as quais se destacam:

- a) O Contribuinte, em diversas vezes, declarou nas respostas as Intimações de nº 06 e 07, um valor da comissão de vendas sempre inferior ao que encontramos nas Notas Fiscais, para uma mesma intermediação;
- b) O Contribuinte declara que: “Não Consta Venda”, “Não Consta Cliente” e “Não Encontrado”, para várias vendas que conseguimos comprovar;
- c) Para um mesmo imóvel, o Contribuinte informa que realizou a venda em resposta a uma intimação, e nega a mesma venda em resposta a outra intimação, e ainda, que o percentual da comissão é de 4% para uma determinada venda e de 5% para a mesma venda, quando da resposta para intimações diferentes;
- d) Divergência entre os valores de venda de um imóvel informado pelo Contribuinte, em resposta a uma Intimação, e o valor de venda do mesmo imóvel encontrado nos Contratos de Compra e Venda e na DIMOB;
- e) Divergência entre o percentual de comissão informado pelo contribuinte em resposta às intimações e o percentual encontrado nas Notas Fiscais, relativo a venda de um mesmo imóvel.

Todas essas irregularidades estão explicitadas na Coluna “OBSERVAÇÕES” das planilhas retro-mencionadas.

No caso vertente além dos ilícitos praticados quanto à emissão de notas fiscais e na celebração de contratos, buscou de forma reiterada e intencional, ocultar receitas com o fim de eximir-se do recolhimento de tributos, o que já caracteriza elemento suficiente à qualificação da multa, portanto, ao contrário do alegado pelo contribuinte, não houve a inovação nenhuma pelo Acórdão DRJ no que diz respeito a acusação fiscal.

Do próprio argumento da Recorrente, verifica-se que de fato houve a escrituração a menor que confirma a omissão de receitas constatada.

Por esse motivo, tomo de empréstimo as considerações do Conselheiro Luiz Rodrigo no Acórdão 1104-002.498, bastante pertinentes a este caso, quando menciona que:

"Pela dicção da redação da Lei nº 4.502/1964, deve-se comprovar a ação ou omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador.

O elemento dolo não é representado pelos atos praticados, pela exteriorização destes; característica marcante dos elementos

objetivos do tipo penal. O dolo é representado pelo elemento subjetivo do tipo, que se perfaz pela intenção do agente em praticar tal conduta, descrita na norma como ilícita. Para a sua configuração, dever-se-ia buscar internar-se na mente do praticante da conduta para perceber qual era a sua intenção, se lícita ou ilícita. Entretanto, como isso não é possível, busca-se interpretar a exteriorização dos atos e, assim, constatar se houve, ou não, má-fé na prática da conduta".

No caso em concreto, verifica-se a presença da figura da omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador, dada escrituração à menor.

Ante o exposto, voto por em sede preliminar, em conhecer dos embargos da Contribuinte, apreciados por força de decisão judicial em mandado de segurança e, no mérito, não acolhê-los. Acordam ainda, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.