



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

Processo nº 10510.003445/2006-49
Recurso nº 158.145 Voluntário
Acórdão nº 1102- 00.214 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2010
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente SOUZAL SOUZA REPRESENTAÇÕES LTDA
Recorrida 2A.TURMA DRJ SALVADOR/BA-

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003

PAF — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO — Os princípios são as diretrizes que devem ser observadas pelo administrador tributário. A constituição traz em si normas e princípios jurídicos vinculantes que apontam o sentido no qual a decisão deve seguir.

PAF — PRINCIPIO INQUISITÓRIO — O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco em provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato imponível, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios segundo determine a regra aplicável ao caso. No caso, o cotejo entre os valores declarados através das DCTFs e DIPJs entregues no período e aqueles informados através das DIRFs, pelos tomadores dos serviços, que durante a ação fiscal são reconhecidos. Comprovam-se os pressupostos legais preconizados na lei como suficientes para respaldar o lançamento.

PAF — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO — Ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa da interessada. Descabe a alegação de nulidade quando inexisterem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

PAF - 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.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS — O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de

decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

PAF - PRECLUSÃO CONSUMATIVA – QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA – Descabe conhecer de matéria que não foi objeto de pré questionamento.

PAF - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.MATÉRIA ESTRANHA À LIDE -- Descabe analisar matéria que não é objeto de litígio, no caso, pedido de compensação de suposto crédito decorrente de cobrança baseada em lei supostamente inconstitucional.

PAF PROVAS – Tratando-se de matéria de prova o julgador formará livremente a sua convicção, nos termos do art. 29 do Dec. 70.235/72.

Ano-calendário: 2002, 2003

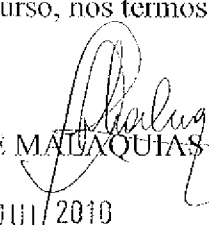
OMISSÃO DE RECEITAS. LUCRO PRESUMIDO.DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE E AQUELES INFORMADOS PELAS FONTES TOMADORAS DOS SERVIÇOS – Cabe o lançamento de ofício das diferenças detectadas a partir do cotejo entre os valores informados em DIPJ e aqueles que ensejaram os recolhimentos do IRRF, através das DIRFs, realizados pelos tomadores dos serviços.

MULTA AGRAVADA - Verificada a omissão de declaração de tributo e contribuições, por oferecimento à tributação de um quantum menor que o devido, de forma reiterada, tipificada se encontra a hipótese de incidência do artigo 1º inciso 1º da Lei 8137/1990 sendo aplicável a multa do inciso segundo do artigo 44 da Lei 9430/1996.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL/ IRRF/PIS/COFINS – Tratando-se de lançamentos decorrentes, mantidos os valores tributáveis que lhes deram causa, deve-se dar a estes o mesmo destino.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer sobre a matéria “multa qualificada”, por restar preclusa, rejeitar as preliminares e no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado


IVETE MALAQUIAS-PESSOA-MONTEIRO --Presidente e Relatora

EDITADO EM: 07 JUL 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Otávio Opperman Thomé, Silvana Rescigno Barreto, José Sergio Gomes (Suplente convocado), Manoel Mota Fonseca e João Carlos Lima Junior(Vice-Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls.327/343, contra a decisão de fls.304/319, da 2ª. Turma da DRJ – Salvador/Ba, que julgou procedente os Autos de Infração para exigência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição para o Programa de Integração Social, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, pelos seguintes eventos, conforme “descrição dos fatos”, de fls.04 a 06:

a) Omissão de Receitas da Atividade de prestação de serviços, nos anos-calandário de 2002 e 2003, detectada a partir do confronto das receitas registradas no Livro Registro de Apuração do ISS, e aquelas consignadas através nas DIRI's, (fls. 47/60). Instada a prestar esclarecimentos a contribuinte apresentou documento acompanhado de demonstrativos (fls. 68/91), nos quais reconhece a omissão perante a Secretaria da Receita Federal – SRF. O enquadramento legal se faz nos artigos 518 e 528 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999). Há qualificação da multa aplicada, nos termos do artigo 44,II da Lei 9430/1996. Conclui o autuante que a situação, em tese, aponta para crime contra a ordem tributária, tipificado no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990;

b) diferença na aplicação do coeficiente de presunção do lucro. Ao serem acrescentadas as receitas omitidas, a receita bruta anual ultrapassou o limite de R\$ 120.000,00, implicando novos cálculos do IRPJ devido, determinando-se a base de cálculo mediante a aplicação de 32% sobre a receita e o lançamento de ofício do IRPJ correspondente à diferença entre os valores devidos calculados com base na receita escriturada e aqueles declarados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, conforme demonstrativo de fl 96. Enquadramento legal nos artigos 516, §§ 4º e 5º, 541 e 841, incisos I e IV, do RIR/1999.

Ciência do lançamento em 12/12/2006, impugnação tempestiva, às fls.142/168, onde, em síntese, narra os fatos, refere-se à inconstitucionalidade da cobrança do PIS/FATURAMENTO e da Cofins, pois a extensão dada à base de cálculo destas contribuições pelo artigo 3º, § 1º, da lei nº 9.718, de 1998, fora declarada inconstitucional, através de vários julgados, os quais cita e transcreve.

Segue para dizer que os pagamentos efetuados com base na receita bruta são indevidos, devendo seu ressarcimento se realizar com juros e correção monetária, por ser o alargamento da base de cálculo inconstitucional. Aduz repetição do indébito e pede compensação. Invoca o artigo 165 do Código Tributário Nacional (que transcreve), mas também quer que seja, alternativamente, deferido o direito a compensar o seu crédito com débitos vencidos ou vincendos, de acordo com o seu planejamento tributário (art. 170 do CTN). Indica o período abrangido pela restituição/compensação do PIS e da Cofins.

Traz a colação ementas de decisões administrativas, que, no seu dizer, reforçariam a tese esposada em suas razões.

Argui inconformidade entre o procedimento fiscal e as normas de regência do processo administrativo, cita, comenta e transcreve a seguinte legislação: (CTN, arts. 141, 142, 144, CF/88, art. 5º, *caput*, 1ª parte e incisos II e LV, art. 150, IV c/c o art. 34, § 1º, das Disposições Constitucionais Transitórias; CC, arts. 145, II e V e 146 e seu parágrafo único).

Invoca nulidade do procedimento porque o lançamento ocorreu fora do seu estabelecimento comercial, em desacordo com o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o qual transcreve.

Refere-se ao estatuto do funcionário público federal, Lei nº 1.711/52, art. 194, VII, que obriga ao servidor cumprir as ordens emanadas dos superiores hierárquicos, sob pena de desobediência funcional.

Conclui que a lavratura do auto de infração fora do seu domicílio fiscal retira do ato toda sua eficácia. Ajunta que o fiscal não examinou nenhum livro de sua contabilidade, ou mesmo lavrou qualquer Termo de Verificação, como determina o art. 8º do Decreto nº 70.235, de 1972.

Comenta o aqodamento da ação fiscal, por se realizar sem nenhum pedido de explicação do fisco, para que pudesse explicar as diferenças “irreais” apontadas no arbitramento fiscal, em descompasso com o art. 677 e seus parágrafos 1º e 2º, do RIR/1980, não obstante tenha aplicado multa com fulcro no artigo 728, II, do mesmo dispositivo, que cogita exatamente a hipótese do lançamento de ofício decorrente de revisão fiscal.

E ao não proceder à necessária e indispensável perícia contábil nos livros e documentos, como era o dever funcional do autuante, conforme expressamente determinado pelo “art. 7º, nº 4, da Lei nº 2.354/54”; art. 642 e seu parágrafo 1º, do RIR/1980, o procedimento restara viciado.

Defeituoso, também, porque atenta contra a mensagem inserta no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que assegura o contraditório pleno e amplo, em qualquer processo administrativo ou procedimento, seja ele fiscal ou de qualquer espécie, o que não foi observado no procedimento do autuante, que se limitou a arbitrar omissão de receita, criando um faturamento fictício e inexistente, através de emprego de meio inidôneo.

No tocante a contribuição social sobre o lucro líquido invoca os tratados para evitar a dupla tributação sobre a renda, dizendo situar a CSLL no contexto dos Tratados para evitar a dupla tributação sobre a renda firmados pelo Brasil.

Disserta sobre os Tratados Internacionais em matéria tributável que objetivam a dupla tributação sobre a renda. Aduz que os Tratados assinados pelo Brasil comumente abrangem somente o Imposto de Renda, omitindo-se sobre a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido que, como se sabe, também incide sobre a percepção de acréscimo patrimonial disponível e portanto deve submeter-se às disposições desses Tratados.

No caso de omissão de receitas detectadas através de lançamento *ex officio*, decorrente de revisão interna de declarações de rendimentos, sem prova documental, ainda que obtida através de perícia contábil-fiscal, de que os sócios ou os acionistas receberam concreta e efetivamente lucros, rendimentos, dividendos ou participações na receita, não podem presumir que toda a eventual omissão de receita detectada na pessoa jurídica foi automaticamente distribuída aos sócios, aos diretores, aos gerentes ou aos acionistas. Em face do disposto no artigo 43 do CTN, sem prova documental de que os sócios ou os acionistas auferiram disponibilidade econômica ou jurídica.

Pede a improcedência do lançamento, ou alternativamente, a nulidade parcial dos lançamentos, no tocante às guias de recolhimentos referentes ao alargamento da base de cálculo do PIS/Cofins instituído através da Lei nº 9.718, art. 3º, § 1º, que passou a considerar

faturamento como toda receita bruta. Pede a reconhecimento do indébito e sua devolução com juros e correção monetária.

Requer análise de todas as razões oferecidas, seu exame e uma decisão motivada.

Invoca a improcedência dos autos de infração, também, por desvio de finalidade, por objeto impossível, por vícios e preterições de formalidades essenciais dentro do facultado pelas Súmulas 473 e 346 do STF e arts. 145, II, IV e V e 146 e seu parágrafo único; arts. 43, 97, inciso I, 121, 124, I e 110, do CTN, sem prejuízo do pré-julgamento ou de elisão do direito que a Fazenda Federal tem de proceder quantos levantamentos e fiscalizações pretender, observada a decadência, bem como a regra específica do art. 7º, nº 4, § 2º, da Lei nº 2.354, de 29/11/1954, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34.

Reitera a comunicação, por escrito, do aqui decidido.

Sobrevém a decisão do Colegiado de primeiro grau, que julga procedente o lançamento conforme ementa a seguir transcrita:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2002, 2003 NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.

LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Nada impede que o auto de infração seja lavrado em repartição da Receita Federal, se esta disponha dos elementos necessários e suficientes para a caracterização da infração e formalização do lançamento tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2002, 2003 OMISSÃO DE RECEITAS. LUCRO PRESUMIDO.

Mantém-se a omissão de receitas representada pelas receitas de prestação de serviços constantes das Declarações do Imposto Retido na Fonte e reconhecidamente não registradas na escrituração Fiscal da pessoa jurídica e, conseqüentemente, a sua tributação, efetuada de acordo com a legislação de regência, para as empresas tributadas com base no Lucro Presumido.

BASE DE CÁLCULO LUCRO PRESUMIDO.

Verificando-se que a base de cálculo do imposto declarado espontaneamente foi calculada mediante a aplicação de percentual menor que o previsto na legislação de regência, cabe a exigência da diferença apurada.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF Contribuição para o PIS/Pasep Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Tratando-se de lançamentos decorrentes, mantidos os valores tributáveis que lhes deram causa, deve-se dar a estes o mesmo destino.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício qualificada no percentual de 150% será aplicada sempre que houver o intuito de fraude, caracterizado em procedimento fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Em seu recurso, a Contribuinte, descreve o procedimento fiscal, seus valores, e repisa as razões oferecidas em sede de impugnação, e acrescenta sua inconformidade com a qualificação da multa aplicada, em síntese, na seguinte ordem:

a) a inconstitucionalidade da cobrança do PIS/FATURAMENTO e da Cofins, pois a extensão dada à base de cálculo destas contribuições pelo artigo 3º, § 1º, da lei nº 9.718, de 1998, fora declarada inconstitucional, através de vários julgados;

b) necessidade de ressarcimento e/ou compensação, com juros e correção monetária, dos pagamentos que realizou com base na receita bruta, pretensão suportada, no seu entender, pelo comando normativo do artigo 165 e 170 do Código Tributário Nacional. Refere-se a COFINS, cujo período vai desde 01/02/1999 (art. 17 da Lei nº 9.718/98) até 30-01-2004, pois a Lei nº 10.833/03 é fruto de conversão da MP nº 135, de 30-10-2003, que alterou a base de cálculo da COFINS e entrou em vigor noventa dias após a data de sua publicação. No tocante ao PIS, o período se conteria de 01/02/1999 (art. 17 da Lei nº 9.718/98) até 30/11/2002, pois a partir de 01/12/2002 passou a vigorar a nova base de cálculo estabelecida pela MP nº 66, de 29-08- 2002 (art. 63) que se converteu na Lei nº 10.637, de 30-12-2002;

c) quanto ao matéria “lucro presumido”, transcreve referindo-se a “comprovação de dados”, a ementa do acórdão 108-00016, invocando a decisão ali proferida, como suficiente a respaldar sua pretensão, quanto à improcedência do lançamento;

d) refere-se à opção de “lucro presumido” e as possibilidades de arbitramento e transcreve a ementa do acórdão n.º104-12.990, de 26/10/1996;

e) Argui inconformidade entre o procedimento fiscal e as normas de regência do processo administrativo fiscal, cita, comenta e transcreve a seguinte legislação: (CTN, arts. 141, 142, 144, CF/88, art. 5º, *caput*, 1ª parte e incisos II e LV, art. 150, IV c/c o art. 34, § 1º, das Disposições Constitucionais Transitórias; CC, arts. 145, II e V e 146 e seu parágrafo único).

Resume o pedido para que se declare a improcedência do feito reclamando dos seguintes fatos:



"a) os Autos de Infração foram lavrados fora do estabelecimento da autuada

Ora, tal fato retira toda eficácia do procedimento fiscal, já que infringe preceito obrigatório e vinculativo da atividade fiscal federal, como se subsume do regramento do art. 10, do Dec. nº 70 235, de 6 3 72, que - dispõe: "O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta."

b) por outro lado, o estatuto do funcionário público federal determina que este cumpra sempre as ordens, emanadas dos superiores hierárquicos sob pena de desobediência funcional (...)

c) a lavratura do Auto de Infração fora do local da autuada, caracteriza assim, violação do dever funcional, além de retirar qualquer validade administrativa ou eficácia jurídica às aludidas peças básicas do processo fiscal, nulificando-o ab initio,

(Aduz que a doutrina corrobora a necessidade da lavratura dos Autos de infração ser feita no local do estabelecimento autuado ou no local onde for verificada a falta – mercadorias em trânsito, v.g, ou expostas em feiras, exposições etc. Define o que é auto de infração, cita Adelmar Ferreira, em sua obra Direito Fiscal, Saraiva, SP, 1961, acrescenta as características do auto de infração, transcritas da doutrina de Bernardo Ribeiro de Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário, Forense, Rio, 1984, p. 872, para acrescentar que);

d) o AFTN autuante não procedeu a nenhum exame na contabilidade da autuada, não examinou nenhuma conta, nenhum livro, nenhum lançamento feito nos diários ou nos livros fiscais,

e) o autuante não lavrou nenhum Termo de Verificação, como determina o art. 8º, do Dec. nº 70 235/72, nem submeteu-os à assinatura dos representantes legais da autuada. Diz que "viu e analisou os exercícios" (doc. 4),

f) o autuante não pediu nenhum esclarecimento à autuada, via os representantes legais desta, nomeadamente em relação às diferenças irrealis que encontrou, em seu açodado arbitramento fiscal, deixando de cumprir o mandamento do art. 677 e seus parágrafos 1º e 2º, não obstante tenha aplicado multa com fulcro no art. 728, II, que cogita exatamente da hipótese do lançamento de ofício, decorrente de revisão fiscal (ambos arts. e parágrafos do RIR/80),

g) o autuante não procedeu à necessária e indispensável perícia contábil nos livros e documentos da autuada, como era de seu dever funcional e como é expressamente determinado pelo art. 7º, nº 4, da Lei nº 2.354/54;• art. 642 e seu parágrafo 1º, do RIR/80;

h) o procedimento fiscal atenta contra a mensagem inserta no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que assegura o contraditório pleno e amplo, em qualquer processo administrativo ou procedimento, seja ele fiscal ou de qualquer espécie, o que não foi observado no procedimento do autuante,

que se limitou a arbitrar omissão de receita, criando um faturamento fictício e inexistente, através de emprego de meio inidôneo.

Segue em suas razões e intitula o tópico seguinte como “DAS PRELIMINARES” discorre sobre a necessidade da emissão das notas fiscais, como forma de documentar a operação e/ou prestação de serviço a ser realizada, inclusive para acompanhar o seu trânsito (transporte) e ingresso no estabelecimento do adquirente.

Continua para narrar os erros mais comuns em sua emissão, as formas de correção, cancelamento, conservação das vias e da “suposta nota calçada”.

Neste ponto constrói uma premissa baseada na emissão de uma 3ª via com valor diferente do real, o que apontaria para o “propósito de lesar o fisco, como bastante para tipificar o crime de sonegação fiscal (TER, Ap. Crim. nº 8.522 RS, 1ª T., DJU de 22.05.89, p.8.577/78).”. Continua para afirmar que neste caso se aplica o princípio da especialização, linha na qual replica decisões judiciais (Ap. Crim. 141.546/2 Rel. Da Paulo Tinoco)

Transcreve decisão que trata da “SONEGAÇÃO FISCAL”, no que tange às “NOTAS FISCAIS ADULTERADAS”, para pedir ao final que seja julgado “IMPROCEDENTE” o auto de infração, devendo o Recorrente ser exonerado, de ofício, dos gravames decorrentes do presente litígio, de acordo com o preceituado no art. 45 do Decreto 70.325/72.”

Às fls.369/378 consta o seguinte texto: “tendo sido citada para apresentar penhora, pretendendo embargar à execução, vem, perante Vossa Excelência, com o devido respeito, nomear os seguintes bens de sua propriedade, livres e desembaraçados, descritos e caracterizados, a saber:

a) Estamos oferecendo parte da APÓLICE DO ESTADO FEDERADO DE SERGIPE, nº 2849, de sua propriedade, emitida no ano de 1913, documento impresso pela CASA DA MOEDA DO BRASIL, no ano de 1895, de acordo com a Lei nº 265 de Dezembro de 1894 — art. 3º, nº 02 (EMPRÉSTIMO DE 1985), e art. 11, inciso II, da Lei de Execução Fiscal nº 6.830, de 22/09/1980, e art. 682 do CPC,”

Às fls.379 refere-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com Pedido Liminar, proposta pela entidade sindical, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, junto ao Supremo Tribunal Federal, na qual foi julgado o mérito em 28/03/2007, (transcreve, na íntegra, nas folhas seguintes, assim resumida):

“Estamos demonstrando essa Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a solicitação de caução de 30%, para a empresa impetrar Recurso Administrativo ao Conselho de Contribuintes, que poderá ser impetrada por outras empresas que estejam na mesma situação da impugnante.”

Despacho de fls.407, dá seguimento ao recurso, atestando seu preparo, nos termos da Nota Cosit inserida no Boletim de Divulgação da SRF denominado “Informe-se, (fl. 406). Neste dá conta de que deixou-se de exigir a regularização do arrolamento de que trata o art. 33, parágrafo 2º, do Decreto nº 70.235/72, alterado pela Lei 10.522/2002.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relator

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

Trata-se de exigência decorrente de Omissão de Receitas da Atividade de prestação de serviços, nos anos-calendário de 2002 e 2003, detectada a partir do confronto das receitas registradas no Livro Registro de Apuração do ISS, e aquelas consignadas através nas DIRF's, (fls. 47/60) apresentadas pelos tomadores de serviços, fatos confirmados na fase inquisitória. Há qualificação da multa nos termos do artigo 44,II da Lei 9430/1996. Conclui o autuante pela subsunção dos fatos ao comando normativo do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990. (item 01 do auto de infração, fls.04), lavrado em 12/12/2006.

Nas parcelas espontaneamente declaradas há reajuste no percentual de presunção, de 16% para 32%, pois a soma das receitas auferidas no período não permitia o percentual beneficiado. (item 002, fls. 06 do auto de infração)

Por economia processual analiso as matérias oferecidas, em bloco.

Início com as preliminares, das quais a de nulidade absorve as demais, a saber: **a)** os Autos de Infração foram lavrados fora do estabelecimento da autuada (no seu dizer, fora do comando do art. 10, do Dec. nº 70.235, de 6.3.72), além de caracterizar-se como violação do dever funcional; **b)** o estatuto do funcionário público federal determina que este cumpra sempre as ordens, emanadas dos superiores hierárquicos sob pena de desobediência funcional; **c)** falta do exame da sua contabilidade, bem como dos livros fiscais, ausência de Termo de Verificação, como determina o art. 8º, do Dec. nº 70.235/72, e portanto, sem fundamento a afirmativa do autuante quando diz que "viu e analisou os exercícios" (doc. 4); **d)** ausência de pedido de esclarecimento, através dos representantes legais, nomeadamente em relação às diferenças irreais que encontrou, em seu açodado arbitramento fiscal, deixando de cumprir o mandamento do art. 677 e seus parágrafos 1º e 2º, não obstante tenha aplicado multa com fulcro no art. 728, II, que cogita exatamente da hipótese do lançamento de ofício, decorrente de revisão fiscal (ambos arts. e parágrafos do RIR/80); **e)** o autuante não procedeu à necessária e indispensável perícia contábil nos livros e documentos da autuada, como era de seu dever funcional e como é expressamente determinado pelo art. 7º, nº 4, da Lei nº 2.354/54; **f)** art. 642 e seu parágrafo 1º, do RIR/80; **g)** o procedimento fiscal atenta contra a mensagem inserta no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que assegura o contraditório pleno e amplo, em qualquer processo administrativo ou procedimento, seja ele fiscal ou de qualquer espécie, o que não foi observado no procedimento do autuante, que se limitou a arbitrar omissão de receita, criando um faturamento fictício e inexistente, através de emprego de meio inidôneo.

Quanto a suposta nulidade por ter sido o auto de infração lavrado "fora" do domicílio do Contribuinte, o argumento não prospera, vejamos os dispositivos do Decreto 70235/1972:

(...)



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

(...)

É os fatos militam a favor do fisco. O Termo de início de fiscalização, fls. 45, é cientificado ao Diretor, Oscarlito Souza dos Santos, em 30/10/2005 e tem a seguinte redação:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal e na forma do disposto no art. 72 da Lei nº 2.354/54 e no art. 72 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, damos início à fiscalização do contribuinte acima identificado, INTIMANDO-O a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, os elementos abaixo especificados

Período: Janeiro/2002 a Dezembro/2003 1 Livros Diário e Razão, caso sejam escriturados,

2 Livro Caixa;

3. Livro de Apuração do ISS,

4. Livro de Apuração do ICMS;

5. Notas Fiscais de Vendas e/ou Prestação de Serviço emitidas,

6. Contrato Social e alterações posteriores.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal e pelo contribuinte/preposto, que neste ato recebe uma das vias

É expedido o Termo de intimação fiscal de fls. 46, cientificado em 20/11/2006 à Procuradora Tereza Matos Andrade Monte, com o seguinte pedido:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal e no curso da ação fiscal iniciada em 30/10/2006, de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), INTIMAMOS o contribuinte acima identificado a apresentar no prazo de 10(dez) dias, os elementos abaixo especificados.



a) Esclarecimentos acerca dos valores de receitas auferidas pelo contribuinte, informadas em DIRP apresentadas por seus fornecedores, abaixo relacionados, cujas cópias seguem anexas:

- 1. Industrias de cobertores Parahyba Ltda, ano 2002;*
- 2. Tear Textil Ind. e Com. Ltda, anos 2002 e 2003;*
- 3. Cia de Tecidos Norte de Minas Coteminas, anos 2002 e 2003;*
- 4. Micrel Enfiio Textil Ltda. anos 2002 e 2003;*
- 5. Textil Pilotto Ltda, anos 2002 e 2003;*
- 6. Industrial Appel Ltda, anos 2002 e 2003;*
- 7. Lamor Ind. e Com, de confecções ltda, ano 2003;*
- 8. Companhia Textil São Joanense, ano 2003;*
- 9. Bouquet Ind. e Com. Ltda ano 2002.*

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal e pelo contribuinte/preposto, que neste ato recebe uma das vias.

Ou seja, o procedimento necessitava, apenas, da resposta da Contribuinte quanto aos valores das receitas declaradas pelos tomadores dos serviços e a resposta prestada através da declaração de fls. 68/91, consolidadas nas tabelas de fls.92/93 demonstram os valores omitidos (colhidos a partir das informações prestadas às fls. 68/91, acima mencionadas.

Deste modo prova-se que restam prejudicados os argumentos expendidos pela Contribuinte em suas razões de recurso.

Porque ausentes qualquer motivo suficiente a determinar a nulidade do lançamento realizado pela Autoridade Fiscal, nos moldes estabelecidos pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como com fulcro no artigo 59 do Decreto nº70.235/1972.

Observe, ainda, que não houve qualquer ato tendente a cercear do direito de defesa da Recorrente, haja vista que a mesma foi regularmente intimada, tendo tomado ciência dos termos lavrados durante o procedimento de fiscalização e, ainda, dos autos de infração. Nessas as infrações que lhe foram imputadas encontram-se descritas e devidamente capituladas no próprio termo e decorrem de matéria de fato. (Conforme anteriormente mencionado).

Em suma, a Contribuinte reclama da falta de obediência aos Princípios de regência do PAF, mas, tal evento não se verificou.

O Prof. Souto Maior Borges em seu Livro Lançamento Tributário, Malheiros Editores, SP. 2ª ed.1999, p. 120/121 leciona, que o "procedimento administrativo de lançamento é o caminho juridicamente condicionado por meio do qual a manifestações jurídicas de plano superior - a legislação - produz manifestação jurídica de plano inferior o ato administrativo do lançamento. (...) E, porque o procedimento de lançamento é vinculado e obrigatório, o seu objeto não é relegado pela lei à livre disponibilidade das partes que nele



intervêm. É indisponível, em princípio, a atividade de lançamento- c, portanto insuscetível de renúncia".

Deste modo o procedimento seguiu as regras prescritas , pois como ensina Roque Antonio Carrazza, a Constituição Brasileira, obriga à sintonia constitucional não só em razão da emissão das leis, decreto, portarias, instrumentos normativos, como também não permite omissão às suas edições, quando assim determina que ao lado da inconstitucionalidade por ação (artigo 102, I, 'a', e III, 'a', 'b' e 'c' da CF) a partir da edição de 1988, há a inconstitucionalidade por omissão (art. 103 e parágrafos 1º, 2º, 3º, da CF).

O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco em provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato impositivo, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios segundo determine a regra aplicável ao caso.

Nos autos há verificação da pertinência das receitas informadas pelos tomadores dos serviços , que promoveram a informação, através das DIRI's onde apontam o IRRF retido durante todo ano calendário. Todavia a Contribuinte, em todos os meses do período fiscalizado, omite em torno de 90% dos valores que integravam a base de cálculo dos tributos devidos. Tal fato comprova a hipótese preconizados na lei como suficientes para respaldar o lançamento, nos termos da legislação a seguir transcrita:

Art. 518. A base de cálculo do imposto e do adicional (541 e 542), em cada trimestre, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida no período de apuração, observado o que dispõe o § 7º do art. 240 e demais disposições deste Subtítulo (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 25, e inciso I).

(...)

Art. 528. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24 §1º.)

Lei 9249/1995

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

(...)

III - trinta e dois por cento, para as atividades de

(...)

b) intermediação de negócios;

Cabe notar que o artigo 40 da Lei 9250/1995, reduziu este percentual para 16%, no caso de receita bruta anual de até R\$120.000,00, para as empresas prestadoras de serviços em geral.

Esta a causa da cobrança da diferença de alíquota sobre os valores espontaneamente declarados, dos quais são exigidas a diferença da alíquota de presunção.

O lançamento observa o Princípio da indisponibilidade dos bens públicos imprescindível no trato do ato administrativo, tributário, principalmente. Em estudo sobre o crédito tributário e segurança jurídica exigidos na atividade administrativa plenamente vinculada, Afirmou Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, Saraiva 1999, p.779):

"No direito tributário, onde se fortalece ao extremo a segurança Jurídica, os princípios da legalidade e da especificidade legal são de sabida relevância. O agente da Administração Fazendária, que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei que disciplina o tributo —ao caso concreto, sem margem de discricionariedade."

A autuação resulta da constatação de omissão de receitas, comprovadas através dos confrontos dos valores declarados pela Contribuinte e aqueles declarados pelos tomadores dos serviços.

Fato reconhecido na fase inquisitória, conforme fls.68/91.

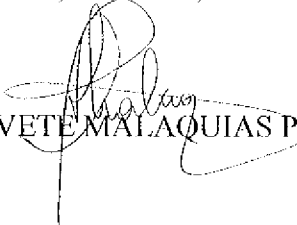
Quanto ao mérito, propriamente dito, os dados que informam as declarações de rendimentos estão sujeitos às verificações de ofício. O contribuinte se obriga a manter à disposição do fisco todos os livros de escrituração fiscal e contábil, segundo o regime de opção do lucro.

A tributação com base no lucro presumido é uma forma de apuração simplificada da base de cálculo do imposto quando comparada com as regras de tributação com base no lucro real. Sua utilização é restrita às pequenas e médias empresas que atendam aos requisitos previstos na lei de regência.

E, de forma diversa da afirmação expendida nas razões de recurso, o lucro não foi arbitrado. A cobrança se realizada respeitando a opção do contribuinte, através do lucro presumido.

Quanto à multa qualificada e sua impertinência, por não ser matéria litigiosa dela não o conheço, por se achar preclusa, posto que não foi matéria impugnada.

Por todo o exposto e por tudo mais que do processo consta, conheço parcialmente do recurso, na parte prequestionada, por tempestivo e apresentado na forma da lei, afasto as preliminares e, no mérito, lhe NEGOU provimento.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO