



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10935.003846/2008-70
Recurso Voluntário
Acórdão n° 1302-005.138 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2021
Recorrente JURUMIRIM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003, 2004

NULIDADE. ACÓRDÃO DA DRJ. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A decisão da autoridade julgadora de primeira instância que, de modo fundamentado, considera desnecessária a realização da perícia solicitada, por não existirem dúvidas quanto aos elementos trazidos aos autos, encontra respaldo no art. 18 do Decreto n° 70.235/1972, não se caracterizando o cerceamento ao direito de defesa alegado pela recorrente.

OMISSÃO DE RECEITAS. DECLARAÇÃO DE INATIVIDADE. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza omissão de receitas, com prática de sonegação, a apresentação de declaração de inatividade relativamente a dois anos-calendário, durante os quais a empresa auferiu receitas de serviços prestados e revenda de materiais fornecidos a prefeituras municipais e outros.

LUCRO ARBITRADO. PERCENTUAL. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Está corretamente aplicado o percentual de arbitramento do lucro de 38,4% às receitas caracterizadas como de exclusiva prestação de serviços, comprovadas por notas fiscais e outros documentos contestados de forma genérica pela autuada como sendo obras de construção civil, às quais pretende a aplicação do percentual de 9,6%, sem nenhum argumento ou prova concretos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício qualificada será aplicada quando o procedimento fiscal revelar a prática de sonegação definida na forma da lei, evidenciada pelo fato de o contribuinte, sistematicamente, deixar de levar às declarações obrigatórias da pessoa jurídica a indicação do valor integral das receitas auferidas, por meio de apresentação de declarações como empresa inativa, em descompasso com a receita omitida apurada no lançamento.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão aos tributos decorrentes de lançamentos reflexos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

Assinado Digitalmente

Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 1302-005.138 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10935.003846/2008-70

Relatório

Trata-se de **recurso voluntário** interposto em face do Acórdão n.º 06-27.101 – 2ª Turma da DRJ/CTA, de 24 de junho de 2010 (fls. 115 a 130).

O crédito tributário lançado se refere à exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos (PIS, Cofins e CSLL), devidos no ano-calendário 2003 e 2004. São relatadas no Termo de Constatação Fiscal (fls. 35 a 44) as seguintes irregularidades:

Declarações apresentadas pelo contribuinte e recolhimentos efetuados

2. Nos exercícios de 2004 e 2005, ao prestar informações sobre suas operações nos anos-calendários de 2003 e 2004, em substituição à Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, o contribuinte apresentou DECLARAÇÃO DE INATIVIDADE onde, de forma expressa, declarou que *“permaneceu durante toda a ano-calendário, sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial”*.

3. Coerentemente com estas informações, o contribuinte não declarou nenhum débito tributário federal, através da apresentação de DCTF, nem efetuou qualquer recolhimento de tributos.

4. Intimado, através do Termo de Início de Ação Fiscal L-008/2008, a apresentar seus livros e documentos contábeis e fiscais, o contribuinte declarou ter extraviado as notas fiscais, conforme publicação em jornal e não possuir os livros e demais documentos contábeis e fiscais.

Exercício regular de atividade e omissão de receitas

5. As informações prestadas pelo contribuinte, quanto à sua inatividade, não correspondem à verdade. Dados repassados pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná dão conta de vários pagamentos, que lhe foram efetuados, ao longo dos anos de 2003 e 2004, por diversas Prefeituras Municipais. Este fato, por si só, já descaracterizaria a condição de INATIVA da empresa.

6. A fim de verificar se os pagamentos efetivamente se caracterizavam como receitas omitidas, procedemos à circularização junto a estas Prefeituras, onde obtivemos as seguintes informações:

(...)

9. Como se observa nos anexos relacionados acima, o contribuinte omitiu receitas, nos anos de 2003 e 2004, no valor de **pelo menos** R\$ 704. 456,97.

10. Mencionamos que a omissão foi, **pelo menos**, no valor demonstrado nos Anexos I e II uma vez que, como se observa no Anexo II, nos dois anos o contribuinte utilizou notas de Prestação de Serviços de número 325 a 500 (num total de 176 notas) e notas Modelo 1 de número 001 a 051, num total de 51 notas, totalizando assim 227 (duzentas e vinte e sete) notas fiscais. No entanto, a circularização feita junto às Prefeituras Municipais que prestaram informações de pagamentos ao Tribunal de Contas resultou na localização de apenas 43 (quarenta e três) notas fiscais, o que faz supor a existência de muitas outras notas fiscais, provavelmente emitidas para clientes privados e que ficam foram do lançamento de ofício, devido à absoluta impossibilidade de localizar tais notas ou estimar o seu valor.

11. Além disso, a comunicação de extravio das notas, publicada em jornal em 28/04/2005, dá conta do extravio apenas das notas números 001 a 450 (sem mencionar o tipo ou a série das notas supostamente extraviadas). Nenhuma menção é feita ao

bloco que continha as notas de número 451 a 500, do qual vinte e uma notas, no valor total de R\$ 240.637,89 foram localizadas na circularização feita.

12. Além das notas fiscais, as Prefeituras circularizadas forneceram outros documentos que comprovam que, ao contrário do que declarou, a empresa estava ativa e auferindo receitas. Por exemplo:

(...)

13. É importante ressaltar que os documentos acima são mencionados apenas para demonstrar, de forma mais categórica, a falsidade da declaração de inatividade prestada pela empresa nos dois anos uma vez, a menos que o contribuinte houvesse apresentado a DIPJ pelo Lucro Presumido, com a opção expressa pela opção com base no regime de Caixa, a simples emissão das notas fiscais já é suficiente para caracterizar a existência de receita e, portanto, a sua omissão.

A exigência tributária totalizou **R\$ 178.867,36**, incluídos principal, multa de ofício (150%) e juros moratórios, distribuídos da seguinte forma:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	63.288,85
Contribuição para o PIS/Pasep	14.127,30
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)	65.203,96
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	36.247,25
TOTAL	178.867,36

Reproduzo parte do relatório da DRJ, com o detalhamento das infrações:

Trata o processo dos autos de infração de fls. 40/75, em que se exigem:

a) Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 20.809,14, cuja apuração de deu no regime do lucro arbitrado com base legal no art. 530, III do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), em conformidade com a Autorização para Arbitramento de fl. 25, em que o autuante justifica que a contribuinte, intimada, informou ter extraviado as notas fiscais emitidas e que não possui livros nem documentos fiscais, que declarou como inativa, não recolheu nem declarou qualquer imposto ou contribuição; está sendo exigido devido a:

- i. a omissão de receitas de revenda de mercadorias, apurada a partir de informações fornecidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, enquanto que a empresa declarou como inativa; fatos geradores 30/06/2004 e 30/09/2004;
- ii. omissão de receitas de prestação de serviços gerais; fatos geradores 30/09/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004;
- iii. omissão de outras receitas referentes à execução de obras de engenharia; fatos geradores 31/03/2003, 30/06/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004;
- iv. base legal nos arts. 532 e 534 do RIR de 1999;

b) contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, R\$ 4.578,92 devido a:

- i. falta/insuficiência de recolhimento relativa a receitas de fornecimento de materiais; fatos geradores mensais em 04, 05, 08 e 09/2004;

- ii. falta/insuficiência de recolhimento sobre receitas de execução de obras de engenharia; fatos geradores mensais em 01, 03, 04, 05, 11/2003 e 03, 06, 08, 09, 11 e 12/2004; base legal nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar n.º 7, de 1970;
- iii. falta/insuficiência de recolhimento sobre receitas de prestação de serviços; fatos geradores 07, 09/2003 e 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 12/2004;
- iv. base legal nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar n.º 7, de 07 de setembro de 1970; arts. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto n.º 4.524, de 17 de dezembro de 2002;

c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSSL, R\$ 11.890,31, devido a:

- i. a omissão de receitas de fornecimento de materiais; fatos geradores 30/06/2004 (04 e 05/2004) e 30/09/2004 (08 e 09/2004); .
- ii. omissão de receitas de execução de obras .de engenharia; fatos geradores 31/03/2003 (01 e 03/2003), 30/06/2003 (04 e 05/2003), 31/12/2003 (11/2003), 31/03/2004 (03/2004), 30/06/2004 (06/2004), 30/09/2004 (08 e 09/2004), 31/12/2004 (11 e 12/2004);
- iii. omissão de outras receitas de prestação de serviços; fatos geradores 31/09/2003 (07 e 09/2003), 31/03/2004 (02 e 03/2004), 30/06/2004 (05 e 06/2004), 30/09/2003 (07, 08 e 09/2004), 31/12/2004 (11 e 12/2004);
- iv. base legal no art. 2º e §§ da Lei n.º 7.689, de 15 de dezembro de 1988; arts. 20 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 29 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 37 da Lei n.º 10.637 de 30 de dezembro de 2002; art. 22 da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003;

d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, R\$ 21.133,65:

- i. falta/insuficiência de recolhimento relativa a receitas de fornecimento de materiais; fatos geradores mensais em 04, 05, 08 e 09/2004;
- ii. falta/insuficiência de recolhimento sobre receitas de execução de obras de engenharia; fatos geradores mensais em 01, 03, 04, 05, 11/2003 e 03, 06, 08, 09, 11 e 12/2004;
- iii. falta/insuficiência de recolhimento sobre receitas de prestação de serviços; fatos geradores 07, 09/2003 e 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 12/2004;
- iv. base legal nos arts. 2º, II, e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto n.º 4.524, de 17 de dezembro de 2002%

2. Foi plicada (sic) multa de ofício de 150% do art. 44, II da Lei n.º 9.430, de 1996, sobre o imposto e as contribuições devidos e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei n.º 9.430, de 1996.

A DRJ analisou as razões apresentadas pela interessada em sua Impugnação e decidiu pela sua improcedência, mantendo o crédito tributário integralmente.

Segue a ementa do Acórdão:

Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO, SONEGAÇÃO, FRAUDE.

O prazo decadencial dos impostos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, no caso de dolo, sonegação ou fraude, é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, o que ocasiona, no regime do lucro presumido, em que

o IRPJ e CSLL do primeiro ao terceiro trimestres e as contribuições ao PIS e a Cofins, referentes aos meses de janeiro a novembro, podem ser lançados no mesmo ano calendário, que o prazo seja contado a partir do primeiro dia do ano seguinte.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NÃO PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN.

O tributo sujeito a lançamento por homologação, nas hipóteses em que não ocorre o pagamento antecipado do mesmo pelo contribuinte, impondo o poder-dever do Fisco de efetuar o lançamento de ofício substitutivo deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 1.73, I, do CTN.

DECLARAÇÃO DE INATIVIDADE. NOTAS FISCAIS EMITIDAS, NÃO ESCRITURADAS. NÃO DECLARADAS. SONEGAÇÃO. DOLO.

Caracteriza a intenção dolosa de sonegar imposto e contribuições a apresentação de declaração de inatividade relativamente a dois anos-calendário, durante os quais a empresa auferiu receitas de serviços prestados e revenda de materiais fornecidos a prefeituras municipais e outros.

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

LUCRO ARBITRADO. PERCENTUAL. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Está corretamente aplicado o percentual de arbitramento do lucro de 38,4% às receitas caracterizadas como de exclusiva prestação de serviços, comprovadas por notas fiscais e outros documentos contestados de forma genérica pela autuada como sendo obras de construção civil, às quais pretende a aplicação do percentual de 9,6%, sem nenhum argumento ou prova concretos.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO.

Aplica-se multa qualificada às exigências de imposto e contribuições sonegadas, estando caracterizado o dolo.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

PERICIA NÃO FORMULADA.

Considera-se não formulado pedido de perícia que não discrimina os quesitos, nem indica perito.

NOVAS VISTAS AO PROCESSO. REABERTURA DE PRAZO PARA DEFESA.

Indeferem-se pedido de novas vistas ao processo e de reabertura de prazo para defesa, se a impugnante já exerceu o direito de vistas dentro do prazo da impugnação e o direito de defesa lhe foi assegurado mediante a apresentação da impugnação, bem como no direito a apresentar recurso junto à segunda instância de julgamento, depois de cientificada do Acórdão da DRJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado dessa decisão em 07/07/2010 o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em 06/08/2010 (fls. 136 a 156), com suas razões de defesa.

Preliminarmente, protesta pela nulidade do Acórdão da DRJ, alegando que teria havido violação ao contraditório e ampla defesa, especialmente por não ter sido deferido o pedido para realização de diligência/perícia. Transcrevo alguns trechos da peça de defesa:

O caso ora em análise, todavia, ao contrário daquele que estava sob o crivo do STF denota a existência de violação direta e frontal ao princípio do contraditório no vértice em que a administração é obrigada a considerar séria e detidamente as razões do administrado.

(...)

Significa, portanto, dizer que a autoridade julgadora de primeira instância, *in casu*, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba, quando provocada a tanto pela parte impugnante é obrigada, pela legislação que rege o exercício da sua função, realizar diligências visando a instrução do feito antes do seu julgamento.

(...)

E efetivamente o Decreto n.º 70.235/72 como restou anteriormente descrito, determina que a autoridade julgadora de primeira instância haverá de vir a realizar as diligências requeridas pelo administrado (durante o processamento do feito) para, **somente após**, com o que se dá por efetivamente cumprido o contraditório e ampla defesa, vir a apresentar o seu julgamento.

(...)

Especificamente no caso ora em análise se verifica que o julgamento procedeu capciosamente ao desvirtuamento dos atos normativos regulamentadores da questão de modo a fazer crer que não tem a Delegacia de Julgamento a atribuição de realizar diligências instrutórias no processo administrativo fiscal.

A Delegacia de Julgamento tem, indubitavelmente, a atribuição de realizar diligências instrutórias no processo administrativo fiscal (art. 18 c/c 25, I, ambos do Decreto n.º 70.235/72).

Tão-somente o fato de a Delegacia de Julgamento ter tergiversado e se furtado à pretensão do impugnante de produzir prova em seu favor é situação suficiente para se declarar a nulidade do julgado ali produzido. Isto porque como já restou demonstrado, não houve análise séria e detida por parte da autoridade julgadora das considerações oportunamente expendidas pelo contribuinte.

Há manifesta generalidade no demonstrativo de apuração arrolado às fls. 44/46 e o quadro elaborado pelo agente autuante onde supostamente se faz a discriminação entre os montantes que teriam sido calculados a título de atividades de construção civil não supre a individualização das receitas de onde se poderia verificar a procedência ou não do seu enquadramento.

Esta situação viola o contraditório e a ampla defesa e é situação que causa prejuízo concreto e efetivo em face do contribuinte consistente em uma tributação em alíquota consideravelmente superior àquela que seria efetivamente a devida para a hipótese.

Alega, ainda, a decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 05/2003, o que corresponde à exigência no valor de R\$ 195.685,32, reproduzindo argumento apresentado em sua Impugnação.

Quanto ao mérito, não apresenta novos argumentos, reiterando as razões expostas em sua impugnação. Segue transcrição da síntese constante do Acórdão da DRJ:

5. Pugna preliminarmente, pela decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 05/2003, o que corresponde à exigência no valor de R\$ 195.685,32.

6. Repudia a argumentação fiscal de que o lançamento não foi atingido pela decadência devido a existência de fraudes, o que redundou na aplicação do art. 173, I do Código Tributário Nacional - CTN, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, para fins de contagem do prazo.

7. Transcreve jurisprudência para argumentar que parte do lançamento foi atingido pela decadência, conforme o art. 150, § 4º do CTN, por se tratar a exigência de tributos na modalidade de lançamento por homologação, e assevera que, caso mantida a exigência decaída, ajuizará ações judiciais visando a declaração da nulidade dessa cobrança.

8. No mérito, reclama de errôneo enquadramento de receitas como oriundas de serviços e da multa de ofício qualificada, requer a suspensão do crédito tributário dada a apresentação da impugnação.

9. Sobre o enquadramento de receitas, argumenta que se aplica a alíquota (sic) de 8% para atividade de construção civil e equiparadas, que resulta em 9,6% no caso do arbitramento, enquanto que na prestação de serviços, é de 32%, passando a 38,4% com a majoração do arbitramento; que diversas notas fiscais referentes a construção civil foram consideradas como simplesmente de prestação de serviços, R\$ 16.837,80 em 2003 e R\$ 230.037,32 em 2004; que o quadro demonstrativo de fls. 36/37 não faz adequada remissão à individualização da classificação das receitas e de seus valores, sendo que tais dados migraram para o sistema de dados da Receita Federal, que procedeu ao lançamento dos valores conforme fls. 44 e 46; que dessa forma a contribuinte não tem a adequada individualização do enquadramento que foi dado à receita; que, como é necessário à autuada apontar o prejuízo que sofreu, a fim de obter a nulidade do feito, acusa que, ainda que o lançamento fiscal fosse correto, mas não é, ainda assim a autuada estaria a sofrer prejuízo, pois não pode se defender adequadamente da autuação; porém que, na realidade, o caso é mais grave, pois há fundado receio de que haja enquadramento errôneo das receitas, sendo por isso a contribuinte tributada em percentual indevido de aproximadamente 27%, o que acarreta uma receita da ordem de R\$ 246.000,00 e um lançamento indevido de mais de R\$ 60.000,00 de IRPJ, sem falar nos reflexos e na multa de 150%; por isso, deve a omissão da autuação ser suprida mediante a classificação individualizada das receitas como obras de construção ou prestação de serviços e reaberto prazo para vistas ao processo e para defesa em relação aos novos fatos.

10. Discorda ter agido com intenção dolosa e por isso, descabe a aplicação da multa de ofício de 150% e do art. 173, I do CTN, em se tratando de contagem do prazo de decadência; afirma que ocorreu somente omissão de receitas o que não é suficiente para qualificação da multa e transcreve jurisprudência; aduz que os princípios gerais do Direito apontam para o fato de que se presume a boa-fé do contribuinte e a má-fé deve ser cabalmente provada.

11. Invoca o art. 151, III do CTN, e cita decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, para requerer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, devido à apresentação da impugnação.

Ao final, requer:

1-) seja o presente recurso recebido e processado na forma da legislação vigente, com a sua regular notificação para acompanhamento de todos os atos que venham a ser praticados neste processo administrativo;

2-) com fundamento nas disposições do art. 151, III do Código Tributário Nacional e nos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal atinentes à espécie, o contribuinte requer que o crédito tributário que está sendo discutido no bojo dos presentes autos seja tido como suspenso para todos os efeitos;

3-) a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial, da realização de perícia nos documentos que abalizaram a lavratura do auto de infração ora em discussão tudo de acordo com a argumentação expendida no tópico correlato;

4-) Com base na argumentação expendida no tópico próprio, o contribuinte requer que sejam apontadas as classificações individualizadas das receitas como obras de construção ou prestação de serviços por parte do Fisco para a apresentação efetiva das alíquotas incidentes à espécie;

4.1-) de ofício, que o Fisco proceda à correção, com o enquadramento de todas as receitas como sendo oriundas de obras de construção civil, com a aplicação da alíquota realmente incidente à espécie (9,6%) e com a apresentação dos valores corretos, tanto dos tributos devidos, como dos reflexos daí oriundos, com a abertura de vistas ao autuado para manifestação a respeito;

4.2-) caso se indefira o pedido veiculado no item 4.1, que sejam então supridas essas omissões, sendo que o contribuinte requer nova vista dos autos do processo administrativo, com o deferimento de prazo razoável para o que mesmo possa vir a se defender dos fatos que vierem a ser apontados pelo Fisco em momento oportuno;

5-) tendo em vista que há a presunção geral de boa-fé de todos os cidadãos e, em específico do contribuinte ora impugnante e, ainda, tendo em vista que não houve, nem de longe, a inequívoca demonstração de má-fé de sua parte, é direito do contribuinte **ver afastada a injusta má-fé que restou apontada em seu desfavor, com as consequências daí oriundas (diminuição da multa aplicada e subsunção da decadência às disposições do art. 173 e não do art. 150, §4º do CTN)**;

6-) a realização de perícia de modo a se quantificar exata e corretamente o "quantum," do tributo e valores reflexos (multa; etc.) efetivamente devidos por parte do contribuinte, com a abertura de possibilidade ao contribuinte da oportuna apresentação dos quesitos a serem respondidos pelo experto designado;

7-) que seja dada procedência ao presente recurso, tanto para excluir valores já alcançados pela decadência, tanto para corrigir as alíquotas incidentes à espécie, como ainda para afastar toda e qualquer pena decorrente de má-fé (vez que não configurada no presente caso), de modo a se identificar o valor, efetivamente devido pelo contribuinte ao Fisco.

8-) o contribuinte requer, ainda, a sua regular notificação de todos os andamentos do presente processo administrativo fiscal na sua sede.

Fl. 10 do Acórdão n.º 1302-005.138 - 1ª Seju/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10935.003846/2008-70

Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Conhecimento.

O sujeito passivo foi cientificado em 07/07/2010 do Acórdão n.º 06-27.101 – 2ª Turma da DRJ/CTA, de 24 de junho de 2010, tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 06/08/2010, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, de modo que o recurso é tempestivo.

O Recurso é assinado por procurador da empresa, regularmente constituído, em conformidade com procuração anexada aos autos (fls. 105).

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

Preliminar de Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa. Inocorrência

Preliminarmente, a contribuinte questiona a validade do auto de infração, por não ter sido deferido o pedido para realização de diligência/perícia. Discute a possibilidade de a autoridade julgadora de primeira instância instruir o processo por meio de diligência/perícia.

Examinando o acórdão recorrido, verifica-se que a DRJ fundamentou o indeferimento da diligência/perícia nos seguintes termos:

37. Destaque-se que a litigante, objetivamente, não apontou nenhuma nas notas fiscais como tendo sido erroneamente classificada pelo autuante, apenas faz uma acusação genérica e ainda requer que seja feita uma reclassificação e aparentemente que tudo seja considerado obra de construção civil e aplicado a todas as notas, inclusive àquelas exclusivamente de prestação de serviços, o percentual de 9,6%; descabe atender a essa pretensão; a classificação feita pelo autuante está correta.

38. O que a litigante pretende é que se refaça o trabalho fiscal, não é esse o papel da autoridade de julgamento; a Portaria MF n.º 125, de 4 de março de 2009, Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com as alterações posteriores, determina:

Art. 212. As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, órgãos com jurisdição nacional, compete, especificamente, julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais."

1 - de determinação e exigência de créditos tributários, inclusive devidos a outras entidades e fundos, e de penalidades;

39. E o Decreto n.º 70.235, de 1972, é bem claro:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não-formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;(Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei n.º .532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.(Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

40. Como se vê, as DRJ têm competência de julgar os pontos de discordância e as provas apresentadas pelo contribuinte na impugnação ao lançamento fiscal, descabendo refazer a autuação mediante outros critérios sem base legal conforme pretende a litigante; também, no que tange à perícia requerida e em relação à qual, requer a litigante prazo para formulação de quesitos e indicação de perito e ainda concessão de novo prazo para se defender de um pretendido novo auto de infração refeito pela DRJ, não têm guarida na legislação que rege as competências das DRJ, nem no processo administrativo fiscal, devendo serem negadas.

41. O pedido de perícia, sem formulação dos quesitos, nem designação do perito, é considerado como não formulado, conforme se verifica da legislação que se transcreveu.

Pelo que se extrai deste trecho do acórdão da DRJ, a contribuinte não apontou, objetivamente, nenhuma das notas fiscais como tendo sido erroneamente classificada pelo atuante, limitando-se a apresentar argumentos genéricos. Tampouco formulou quesitos e indicou perito para a perícia requerida, limitando-se a solicitar novo prazo para formulação de tais quesitos, pedido que reiterou em seu Recurso Voluntário.

Assim, o indeferimento do pedido de perícia, expressamente fundamentado, encontra respaldo no art. 18 do Decreto n.º 70.235/1972, de modo que não procede a alegação da recorrente de cerceamento ao direito de defesa.

Pedido de Perícia.

No seu recurso voluntário, a recorrente reitera o pedido de realização de perícia, apresentado em sua impugnação. No entanto, volta a fazê-lo em termos genéricos, sem a apresentação de quesitos, nem indicação de perito, conforme se observa do trecho transcrito:

6-) a realização de perícia de modo a se quantificar exata e corretamente o "**quantum**," do tributo e valores reflexos (multa; etc,) efetivamente devidos por parte do contribuinte, com a abertura de possibilidade ao contribuinte da oportuna apresentação dos quesitos a serem respondidos pelo experto designado;

Conforme mencionado no item anterior (“*Preliminar de Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa. Inocorrência*”), de acordo com o art. 16 do Decreto nº 70.235/72, que rege o Processo Administrativo Fiscal, o requerimento para a produção de outras provas e para a realização de diligência e perícia deve seguir determinadas regras, devendo o contribuinte fundamentar seu requerimento e enquadrá-lo nas disposições legais.

No caso em concreto, quanto ao pedido de perícia, além da medida ser desnecessária para solução da lide, o que implica indeferir o pleito, com fundamento no art. 18 do precitado Dec. nº. 70.235, de 1972 (com a redação dada pela Lei nº. 8.748, de 1993), sua formulação não atende ao disposto na parte final do inciso IV do artigo 16 do mesmo diploma legal, que trata da necessidade de indicação do nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, razão pela qual o pleito deve ser considerado não formulado, na forma do § 1º do mesmo dispositivo.

Adicionalmente, esclareça-se que a perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde do litígio. Cabe à autoridade julgadora decidir sobre o pedido de perícia, sendo correto o seu indeferimento quando no processo encontram-se todos os elementos que permitem formar a livre convicção do julgador, como no caso dos presentes autos.

Nesse sentido, quanto à desnecessidade de outras provas, cabe transcrever o entendimento de Marcos Vinícios Neder e Maria Teresa Martinez Lopes, *verbis*:

“...Na verdade, grande parte dos requerimentos de perícia no processo administrativo fiscal versa sobre o exame de dados constantes da escrita fiscal do contribuinte, cujo teor já é do conhecimento do auditor-fiscal antes da lavratura do auto de infração. Apenas seria necessário o reexame por outro especialista se bem demonstrada a questão que se queira discutir no levantamento fiscal, e o motivo pelo qual a prova não possa ser trazida diretamente nos autos, já que os julgadores administrativos têm, como requisito para o exercício de suas funções, o conhecimento da matéria tributária. Simples pedidos de perícia da documentação contábil e fiscal do contribuinte são tidos, via de regra, como meramente protelatórios.” (in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 243).

Indefiro, pois, o pedido de perícia.

Pedido. Novos prazos para apresentação de documentos. Quesitos para a perícia. Novas provas. Prazo para vistas do processo.

A contribuinte solicita, ainda, novos prazos para apresentação de documentos, incluindo apresentação dos quesitos da perícia, de novas provas.

Quanto aos pedidos de novos prazos para apresentação de quesitos para perícia e de produção de novas provas, deve ser destacado que a legislação processual tributária, que rege o contencioso administrativo fiscal, prevê que os documentos que respaldem as alegações e os pedidos do contribuinte deverão ser apresentados no momento da impugnação / recurso voluntário, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos (Arts. 15 e 16, §§ 4º e § 5º, do Decreto 70.235, de 1972)..

Portanto, sem a comprovação da ocorrência de uma dessas condições, não há falar em deferimento para juntada de novos documentos ou de apresentação de quesitos para a perícia requerida em momento posterior ao da apresentação do Recurso Voluntário.

Reitera, também, pedido para reabertura de prazo para apresentação de defesa e de vistas para o processo. Essa matéria já foi tratada no Acórdão da DRJ, conforme trecho a seguir:

42. A empresa já exerceu o seu direito de vistas ao processo, no prazo para impugnação, fls. 79/82; o presente voto não acatou sua pretensão de modificação dos critérios de autuação; assim, o pedido de novas vistas ao processo e de reabertura de prazo para defesa, não teriam objetivo, além de que, se a impugnante já exerceu o direito de vistas e o direito de defesa já lhe foi assegurado mediante na impugnação que apresentou e que foi analisada neste voto, bem como no direito a apresentar recurso junto à segunda instância de julgamento, depois de cientificada do presente Acórdão da DRJ.

Além de não haver justificativa para o acolhimento do presente pedido, destaco que, o direito de defesa da interessada foi garantido neste momento processual, com a apresentação do Recurso Voluntário, cujas razões estão sendo parecidas no presente Acórdão. Desse modo, não acolho o pedido formulado.

Assim, indefiro os pedidos formulados.

Pedido de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário.

A respeito do pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em litígio, trata-se de medida desnecessária, já que tal efeito decorre de expressa disposição legal (art. 151, inciso II do CTN), independentemente de manifestação desta instância administrativa.

Pedido. Intimação enviada para a sede da empresa.

Da mesma forma, o pedido para que as intimações oficiais sejam dirigidas à sede da empresa também se trata de medida desnecessária, tendo em vista a previsão contida no inciso II do art. 23 do Decreto nº 70.235/72 para que a intimação via postal seja encaminhada, com prova de recebimento, ao domicílio tributário do sujeito passivo.

Preliminar de Decadência.

A interessada alega a decadência da constituição do crédito tributário, quanto aos fatos geradores anteriores a maio/2003, o que corresponde à exigência no valor de **R\$ 195.685,32**, reproduzindo argumentos apresentados em sua Impugnação.

Como a contribuinte não apresentou novos argumentos sobre esta matéria, limitando-se a reiterar as questões já tratadas no Acórdão da DRJ, em atenção ao disposto no §3º do art. 57 do RI/CARF, e por concordar com seu teor, adoto as razões apresentadas na decisão recorrida.

1 Preliminar de decadência.

13. Pleiteia a decadência do lançamento relativo aos fatos geradores até 05/2003, em obediência ao art. 150, § 4º do CTN, alegando se tratarem os tributos exigidos, da modalidade de lançamento por homologação.

14. A ciência da autuação foi em 16/06/2008, tendo sido o lançamento de ofício efetuado na modalidade lucro arbitrado e, conseqüentemente, o PIS e a Cofins, foram exigidos na modalidade cumulativa, tratando-se, regra geral de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

15. Contudo, se comprovado dolo, fraude ou simulação, e podendo ser o lançamento relativo aos 1º a 3º trimestres e aos meses de 01 a 11/2003 efetuados no mesmo ano de 2003, a contagem se inicia em 01/01/2004, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, completando-se em 31/12/2008, portanto, nenhum dos fatos geradores da autuação teria sido atingida pela decadência, na data da ciência da autuação em 16/06/2008.

16. Cite se por pertinente o seguinte Acórdão do Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF:

Tipo do Recurso Recurso de Divergência do Procurador - Negado Provimento Por Unanimidade

Data da Sessão 09/03/2009 Nº Acórdão CSRF/9101-00029 .

Tributo / Matéria IRPJ - glosa de compensação de prejuízos fiscais Decisão Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial.

Ementa: IRPJ - DECADÊNCIA - A ausência ou insuficiência de recolhimento não desnarura o lançamento, pois o que se homologa é a atividade exercida pelo sujeito passivo, da qual pode resultar ou não crédito tributário devido. Em razão da natureza e modalidade originária de apuração, para o IRPJ aplica-se a regra decadencial prevista no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional. Nos casos dos tributos sujeitos à forma de apuração por homologação, apenas na ocorrência de dolo fraude ou simulação é que o dies a quo do prazo desloca-se do fato gerador para o primeiro dia do exercício seguinte aquele no qual o lançamento poderia ser realizado (artigo 173. inciso I do CTN).

17. Uma vez esclarecida essa questão, cabe avaliar a existência ou não de dolo, fraude ou simulação nas infrações autuadas.

1.1.1 Decadência. Lançamento De Ofício. Receita Omitida. Sonegação. Dolo.

18. A autuada contesta que tenha cometido fraude; contudo, conforme fls. 32/33, o autuante apontou também a prática de sonegação, ao declarar-se a empresa inativa, enquanto prestava serviços a prefeituras municipais, órgãos governamentais, embutindo os tributos no preço cobrado, enquanto os sonegava, que evidenciaram o objetivo pensado, ou seja, doloso, de impedir a ocorrência do fato gerador e o seu conhecimento por parte da autoridade administrativa, especialmente em se tratando de tributos lançados por homologação.

19. De fato, a empresa apresentou as Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI de inatividade, para os dois anos-calendário, 2003 e 2004; paralelamente, auferiu receitas e emitiu notas fiscais e recebeu pagamentos relativos a serviços e fornecimento de materiais às prefeituras municipais relacionadas às fls. 26/24, conforme comprovam os documentos contidos no Anexo Único do processo, que contém de 282 folhas de Notas de Empenho pagas, Ordens de Pagamento, cópias de cheques de pagamento, autorizações de transferências bancárias, recibos, depósitos bancários, cópias de notas fiscais emitidas pela autuada, comprovantes de licitações de que participou, comprovantes de recolhimento de encargos sociais sobre trabalhadores e documentos análogos, durante os dois anos-calendário em que declarou à RFB que estava inativa.

20. Conforme descreve o autuante no Termo de Constatação Fiscal, a receita omitida autuada, no valor de R\$ 704.456,97 é aquela em relação à qual a fiscalização conseguiu documentos comprobatórios, sendo que há evidências de que o valor seria maior, dado que não se obtiveram todas as notas fiscais de numeração 325 a 500 (176 notas de prestação de serviços) e de numeração 001 a 051 (51 notas Modelo 1), num total de 227 notas fiscais emitidas pela empresa no período, das quais, a fiscalização só conseguiu 43 notas.

21. A contribuinte também não apresentou, apesar de intimada, livros fiscais ou documentos fiscais, razão porque a fiscalização decidiu apurar a exigência por arbitramento, aliás, não contestado pela interessada.

22. A prática reiterada da infração durante dois anos-calendário também caracteriza a intenção dolosa de impedir o conhecimento por parte da autoridade administrativa da ocorrência dos fatos geradores do imposto e das contribuições durante 8 (oito) trimestres e 24 (vinte e quatro) meses.

23. Reproduz-se o dispositivo legal invocado pela litigante, quando pugna pela decadência parcial do lançamento:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quando aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou (GrifOu-S6.)

24. Portanto, o dispositivo é taxativo, se houver intenção de sonegação (dolo), se houver fraude, ou qualquer crime contra a legislação tributária, não se aplica o art. 150, § 4º do CTN, porém recai na regra geral da decadência do art. 173, I do CTN, isto é, o prazo para a contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

25. No presente caso, a intenção dolosa de sonegar o imposto e contribuições devidos é inegável, aplicando-se o art. 173, I do CTN, na contagem do prazo de decadência, ou seja, a partir do 1º dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado, que, no caso é o dia 01/01/2004.

26. E mesmo que não tivesse sido cabalmente evidenciada a intenção dolosa, o descumprimento da obrigação de declarar valores escriturados, sistematicamente em manifesto descumprimento da obrigação tributária, também o prazo decadencial se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte.

27. Transcreve-se a seguir, por ser absolutamente pertinente ao caso, o entendimento manifestado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 182.241, publicado no Diário de Justiça de 21/03/2005, p. 301, cuja ementa a seguir se transcreve:

“TRIBUTAR10. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. Na hipótese em que o recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável, e, por conseguinte,
2. procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149z, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 173, I, do CTN, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia haver sido realizado.

2. Recurso especial não-provido. "" (Grifou-se.)

28. Também se transcrevem excertos do voto do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha, relator do acórdão supracitado:

“A questão posta nos autos diz respeito à contagem do prazo decadencial nos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

O lançamento por homologação ocorre nas hipóteses em que a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento de tributo sem a prévia análise da autoridade administrativa. Nessa modalidade de lançamento, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Muito bem, efetuadas pelo sujeito passivo as atividades e cumpridos os deveres que lhe foram impostos pela lei, primordialmente o pagamento da exação, cabe ao Fisco apenas homologá-los, o que, por conseguinte, resulta na extinção do crédito tributário na forma do art. 156, VII, do CTN ("Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§1º e 4º; "). Deve ser frisado que essa homologação pode ser expressa ou tácita, esta ocorre na hipótese em que o sujeito passivo cumprir fielmente todas as suas obrigações, ou seja, sem que haja manifestação expressa do Fisco, bem como dolo, fraude ou simulação.

Na realidade, a homologação da atividade do contribuinte, seja do pagamento, seja dos procedimentos de apuração da materialidade do fato gerador da qual não resulte tributo a pagar, qualifica-se apenas como um ato de fiscalização da autoridade administrativa, cuja finalidade é exercer o controle de legalidade e cumprimento das obrigações pelo sujeito passivo.

Diante disso, há de se indagar: como se emprega, em tais atividades, a definição de lançamento, sobretudo, quando este se conceitua, a teor do disposto no art. 142 do CTN, como a apuração da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, da aplicação de penalidade? Entendo que, em casos como tais - quando a função administrativa cinge-se à homologação de atos do sujeito passivo -, inexistente a figura típica do lançamento, o que ocorre, na verdade, é um "ato confirmativo da legalidade do pagamento, como valor jurídico de quitação (Alberto Xavier, Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, 3ª edição, pág. 87).

Nesse panorama, em que se dá a mera concordância do Fisco com a atividade do sujeito passivo, concluo que o prazo decadencial para a homologação do procedimento do contribuinte, nas hipóteses de tributos sujeitos à homologação, se apresenta na forma do disposto no art. 150, §4º, do CTN, ou seja, contam-se 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador da exação. Transcrevo, por oportuno, a redação desse dispositivo:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4 - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpriu, ou cumpriu de modo diverso com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo Fisco não poderá ser caracterizada como mera homologação, já que esta pressupõe a existência das providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa. Nesse caso, cabe ao Fisco, na forma estabelecida pelo art. 149 do CTN, proceder ao lançamento de ofício, que é executado também nos casos de omissão ou inexecução do sujeito passivo no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos. Com efeito, em casos como esse, não há o que se homologar. Nesse sentido, colho a seguinte exposição doutrinária:

'Se o sujeito passivo não houver cumprido seus deveres tributários, quer totalmente, quer parcialmente, nada se tem a homologar. Então, configura-se a hipótese de aplicação do artigo 149, V, do CTN. A omissão ou inexecução por parte do sujeito passivo, que estava legalmente obrigado ao exercício das atividades necessárias ao lançamento por homologação, implica uma infração a lei, ensejando, portanto, a execução de um lançamento de ofício, inclusive com a aplicação da sanção. Nessa hipótese, não se há mais que falar em lançamento por homologação, a ação do Fisco já se destina a exigir, conforme o caso, o valor total ou a diferença do tributo e, também, aplicar a respectiva penalidade. " (Mary Elbe Gomes Queiroz, Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, Ed. Manole, 1ª edição, pág. 323)

Entendo, outrossim, que, afastando-se a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições concernentes ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, I, do CTN, isto é, contam-se 5 (cinco) anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia haver sido efetuado. Transcrevo, a propósito, o teor desse dispositivo legal:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o Fisco, após tomar conhecimento do recolhimento, a menor, ou mesmo do não-recolhimento da exação pelo contribuinte - que se dá, de regra, com a ocorrência do fato gerador - ou a não observância de alguma outra obrigação acessória deve, subsequentemente, proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149). Ou seja, pode este ser efetuado desde o momento em que o Fisco teve ciência dos atos realizados pelo contribuinte acerca do recolhimento da exação. Por isso, concludo, interpretando também o art. 173, I, do CTN, que o prazo decadencial, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação indevidamente recolhido, deva ter im'cio no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento (de ofício poderia haver sido realizado. Colaciono, acerca do tema, a judiciosa doutrina de Aliomar Baleeiro:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna, então, a forma de contagem disciplinada no art. 150, §4º, própria para homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código. Dessa forma, compreende-se a ressalva constante do §4º do art. 150, in fine: salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (Direito Tributário Brasileiro, atualizada por Misabel Machado Derzi, Editora Forense, 11ª edição).

No mesmo sentido, a lição de Mary Elbe Queiroz:

Lançamento por homologação e decadência

Tendo em vista que as relações jurídicas não podem eternizar-se no tempo, o CTN fixou o prazo de decadência quinquenal para que o Fisco possa exercer o seu direito subjetivo de constituir o crédito tributário. Configura a hipótese de lançamento de ofício, por ser essa a única modalidade de lançamento que existe e pode adequar-se ao ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

A contagem do prazo decadencial, para que a autoridade administrativa proceda ao ato de lançamento, submete-se às prescrições do artigo 173 do CTN, tendo em vista que a constituição do crédito tributário por meio do lançamento é ato privativo do Fisco.

Por conseguinte, igualmente, é equivocado falar-se que o prazo contido no artigo 150, §4º, do CTN, é prazo decadencial, aplicável aos tributos submetidos ao lançamento por homologação. Se não existe essa espécie de lançamento, o prazo contido naquele dispositivo nada mais é que um prazo de homologação. Somente poderá haver homologação quando o sujeito passivo cumpriu fielmente todas as obrigações tributárias que lhe foram impostas pela lei.

Nada havendo a homologar e se o Fisco proceder a um lançamento por haver constatado irregularidades ou infrações à lei tributária, configura-se a hipótese como um lançamento de ofício. Nesse caso, o prazo de decadência será quinquenal e sua contagem dar-se-á de acordo com o art. 173 do CTN (Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, Ed. Manole, 1ª edição, fl. 320).

E ainda o ensinamento de Vladimir Passos de Freitas, in Código Tributário Nacional, 2ª edição, pág. 641:

“Nos tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, ocorrendo o pagamento, não há que falar em decadência; se o contribuinte apura o quantum devido, faz a declaração perante o Fisco, mas não efetua o pagamento, não haverá lugar para qualquer homologação, de sorte o lançamento deverá ser de ofício, ainda que dispensados o procedimento administrativo prévio e a notificação. Neste caso, a contagem do prazo decadencial também seguirá a regra do art. 173 e não a do art. 150, § 4º” (a partir do fato gerador). “Diante das razões retromencionadas, chego às seguintes conclusões:

a) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo o recolhimento da exação nos termos determinados pela legislação de regência, o prazo decadencial para a homologação do procedimento do contribuinte é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN;

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo o recolhimento da exação em desconformidade com a legislação aplicável e, por conseguinte, procedendo-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), o prazo decadencial de 5 (cinco) anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia haver sido realizado, nos termos do art. 173, I, do CTN (...)” (Grifou-sc.)

29. Também nesse sentido recente jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme se depreende do seguinte acórdão:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. **TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA DO PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.**

1. O tributo sujeito a lançamento por homologação, mis hipóteses em que não ocorre o pagamento antecipado do mesmo pelo contribuinte, impondo o poder-dever do Fisco de efetuar o lançamento de ofício substitutivo deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo O qual o direito de a Fazenda Pública constituir O crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. *In casu*, os fatos geradores dos tributos ocorreram em jan/95 e set/95. A teor do art. 173, I, do CTN, o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001. Tendo sido efetuado O lançamento com a notificação do autor em 17.02.2000, conforme fundamentado pelo acórdão recorrido, revela-se a inoccorrência do prazo decadencial.

3. A falta de indicação da lei federal, objeto de interpretação divergente, não admite O conhecimento do Recurso Especial interposto pela alínea "c". Precedentes." (Resp. nº 725493/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 03.04.2006; AgRg no Resp. nº 710010/PE. Rel. Min. Francisco Falcão, DJU. 29.08.2005; AgRg no AG. nº 624975/RS. Rel. Min. Nilson Naves, DJU 11.04.2005)

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDC] no REsp 859.314/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.04.2008, DJ 14.05.2008 p. 1) (g.n.).

30. E ainda acórdão Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no acórdão nº 107-07968, proferido na sessão de 24/02/2005:

Turma 7ª Câmara Tipo do Recurso Recurso de Ofício - Negado Provimento Por Unanimidade
Data da Sessão 24/02/2005 Nº Acórdão 107-07968 Tributo / Matéria IRPJ - AF - lucro real
(exceto omissão receitas pres.legal)

Decisão Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício

Ementa: IRPJ. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS COM INSUFICIÊNCIA .LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESLOCAMENTO DO COMANDO LEGAL PARA O INCISO I, ART. 173 DO CTN.

Na hipótese em que o recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável e, por conseguinte, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), O prazo decadencial de cinco anos, nos termos do art. 173, I, do CTN, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia ser realizado. STJ. REsp. 182.241-SP., Relator Min. João Otávio Noronha. Julgado em 03.02.2005. IRPJ E TRIBUTOS DECORRENTES. LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS EXIBIÇÃO. RECUSA. LANÇAMENTO COM APOIO EM EXTRATOS BANCÁRIOS A TEOR DE OMISSÃO DE RECEITA. COMANDO LEGAL PRÓPRIO DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO REAL. ARBITRAMENTO. ABANDONO. OPÇÃO FISCAL IMPOSSIBILIDADE. A recusa quanto à apresentação de livros próprios da escrituração a que estiver subsumida a contribuinte não pode levar O Fisco a exigir tributo com base no art. 42 da Lei nº 9.430, comando esse aplicável às empresas submetidas ao regime do lucro real. Se impossível comparar os extratos bancários com a escrituração, ao Fisco caberia dar à exigência o tratamento tipificado como omissão de receita na ambiência do regime do lucro arbitrado, sob pena de se conformar essa modalidade de tributação a uma repudiada ordem de preferência, ou a uma mera opção fiscal. - PUBLICADO NO DOU Nº 132 DE 12/07/05, FLS. 53 /157.

31. De onde se evidencia que o lançamento de ofício relativo aos fatos geradores até 05/2003, têm como *dies a quo* da contagem do prazo de decadência o primeiro dia do exercício seguinte a que o lançamento poderia ser efetuado.

32. Dessa forma, nenhuma parcela do lançamento foi atingida pela decadência.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de decadência.

Mérito.

Quanto ao mérito, da mesma forma que na preliminar de decadência, a interessada não traz argumentos novos, reiterando as razões expostas em sua impugnação, de forma que, em atenção ao disposto no §3º do art. 57 do RI/CARF, e por concordar com o teor do Acórdão da DRJ, adoto as razões apresentadas na decisão recorrida.

2 Mérito.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS RECEITAS DA EMPRESA PARA FINS DE DETERMINAÇÃO DO PERCENTUAL DE APURAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO.

34. Argumenta que diversas notas fiscais de construção civil foram consideradas como de prestação de serviços; que o quadro de fls. 36/37 não faz adequada remissão à individualização da classificação das receitas e de seus valores, sendo que tais dados embasaram o lançamento; requer que sejam apontadas as classificações individualizadas das receitas como obras de construção ou de prestação de serviços, para verificação das alíquotas (sic) e que o Fisco proceda, de ofício, à correção do enquadramento de todas as receitas para obras de construção civil, com a aplicação alíquota (sic) de 9,6% e reabra prazo para vistas ao processo, formulação do quesitos e indicação de perito para diligência requerida e para defesa em relação aos novos fatos.

35. Sobre a classificação das receitas da empresa, o autuante esclareceu o critério adotado, no item “Percentuais de presunção ou arbitramento aplicáveis”, às fls. 29/31, e tendo como base legal os arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.249, de 1.995, e art. 3º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 93 de 24 de dezembro de 1997; ele explica que parte significativa das notas, demonstradas no Anexo I (que é justamente o quadro de fls. 36/37, questionado), não se trata de Obras de construção civil ou de fornecimento de materiais (sobre cujas receitas foi aplicado o percentual de 9,6% para arbitramento do lucro), mas de elaboração de projetos técnicos, execução de serviços de manutenção de pintura, de pintura de sinalização viária e locação de equipamentos, que não podem ser consideradas construção civil, sobre estas receitas, aplicou o percentual de 38,4%, sendo que, os materiais fornecidos constantes dessas notas, quando identificado, foi destacado, aplicando-se o percentual de 9,6%.

36. Na impugnação, a atuada reclama que não tem a adequada individualização do enquadramento que foi dado à receita, o que não é verdadeiro, dado que o Anexo I informa todos os dados acerca de cada receita e documento que a comprova e a que folhas do Anexo Único se encontram; em seguida, no Anexo II, o autuante demonstrou, para cada nota fiscal, a classificação para fins de aplicação do percentual de arbitramento, em Obras (percentual de 9,6%), Materiais (9,6%) e Serviços, (38,4%) e no pé do mesmo Anexo II, resumiu mês a mês, sendo estes os valores constantes das fls. 44 e 46, que a atuante reclama não terem ficado claros; basta a atenta leitura desses demonstrativos para constatar que são perfeitamente inteligíveis e não deixam margem a dúvidas.

37. Destaque-se que a litigante, objetivamente, não apontou nenhuma nas notas fiscais como tendo sido erroneamente classificada pelo autuante, apenas faz uma acusação genérica e ainda requer que seja feita uma reclassificação e aparentemente que tudo seja considerado obra de construção civil e aplicado a todas as notas, inclusive àquelas exclusivamente de prestação de serviços, o percentual de 9,6%; descabe atender a essa pretensão; a classificação feita pelo autuante está correta.

38. O que a litigante pretende é que se refaça o trabalho fiscal, não é esse o papel da autoridade de julgamento; a Portaria MF n.º 125, de 4 de março de 2009,

Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com as alterações posteriores, determina:

Art. 212. As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, órgãos com jurisdição nacional, compete, especificamente, julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais."

1 - de determinação e exigência de créditos tributários, inclusive devidos a outras entidades e fundos, e de penalidades;

39. E o Decreto n.º 70.235, de 1972, é bem claro:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados. assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

()

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei n.º .532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei n.º 9.532, de 1997)

40. Como se vê, as DRJ têm competência de julgar os pontos de discordância e as provas apresentadas pelo contribuinte na impugnação ao lançamento fiscal, descabendo refazer a autuação mediante outros critérios sem base legal conforme pretende a litigante; também, no que tange à perícia requerida e em relação à qual, requer a litigante prazo para formulação de quesitos e indicação de perito e ainda concessão de novo prazo para se defender de um pretendido novo auto de infração refeito pela DRJ, não têm guarida na legislação que rege as competências das DRJ, nem no processo administrativo fiscal, devendo serem negadas.

41. O pedido de perícia, sem formulação dos quesitos, nem designação do perito, é considerado como não formulado, conforme se verifica da legislação que se transcreveu.

42. A empresa já exerceu o seu direito de vistas ao processo, no prazo para impugnação, fls. 79/82; o presente voto não acatou sua pretensão de modificação dos critérios de autuação; assim, o pedido de novas vistas ao processo e de reabertura de prazo para defesa, não teriam objetivo, além de que, se a impugnante já exerceu o direito de vistas e o direito de defesa já lhe foi assegurado mediante na impugnação que apresentou e que foi analisada neste voto, bem como no direito a apresentar recurso junto à segunda instância de julgamento, depois de cientificada do presente Acórdão da DRJ

2.2 MULTA QUALIFICADA DE 150%.

43. Discorda ter agido com intenção dolosa e, por isso, descaberia a aplicação da multa de ofício de 150% e do art. 173, I do CTN em se tratando de contagem do prazo de decadência; afirma que ocorreu somente omissão de receitas o que não é suficiente para qualificação da multa; que a má-fé do contribuinte deve ser cabalmente provada.

44. Foi aplicada na presente autuação a multa de ofício do art. 44, II da Lei n.º 9.430, de 1996, de 150%, sobre o imposto e contribuições lançados, por ter sido caracterizado o dolo e a conduta da contribuinte configurou sonegação e fraude dos arts. 71. e 72 da Lei n.º 4.502, de 1964.

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 arts. 71. 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Grifou-se.)

45. A Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, os crimes contra a ordem tributária:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72. (Grifou-se.)

46. Sendo que, no que se refere a reincidência, conforme os Anexos I e III evidenciam, a autuada repetiu (ou seja, foi reincidente na infração) a não escrituração e a não declaração das receitas durante os 24 (vinte e quatro) meses e 8 (oito) trimestres de 2003 e 2004, autuados.

47. Verifica-se que a sonegação se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, ou retardar uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de sonegação seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios, se escamoteia ocorrência do fato gerador ou retarda-se o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária; ou seja, o dolo é elemento específico da sonegação, que a diferenciam da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos na declaração de ajuste, seja ela pelos mais variados motivos que se aleguem.

48. Toda a descrição do contexto da autuação não deixa margem a dúvidas de que se trata de sonegação, fraude e da intenção dolosa da contribuinte.

49. Uma vez que se considerou provados os fatos relativos à escrituração a menor de notas fiscais, em se tratando de recursos que não figuram na contabilidade e declaração, evidenciaram omissão de receita, o que resultou, corretamente, na exigência de ofício dos impostos e contribuições dela decorrentes, corretamente apenada com a multa qualificada, pois evidenciados a sonegação e o dolo.

Diante do exposto, considero que foi correto o procedimento adotado pela Fiscalização, devendo ser mantido o crédito tributário lançado.

Do lançamento reflexo da CSLL, do PIS e da Cofins.

Nos termos do § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da CSLL, do PIS e da Cofins.

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

De fato, tratando-se de lançamentos reflexos, aplica-se o decidido em relação ao auto de infração do IRPJ, formalizado com base nos mesmos elementos fáticos.

Correta, portanto, a lavratura dos lançamentos reflexos.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em **negar provimento** ao Recurso de Voluntário.

Assinado Digitalmente
ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO