



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

Processo nº 11020.721494/2014-51
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3201-003.920 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2018
Matéria Processo Administrativo
Embargante MOVELPAR IND. COM. IMP. LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2013

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CORREÇÃO DE EMENTA E JULGADO.

Acolhem-se Embargos de Declaração para excluir do julgado matérias estranhas à lide.

RETIFICAÇÃO DE EMENTA.

Embargos acolhidos para retificação da ementa do acórdão de Recurso de Ofício e de Recurso Voluntário.

RECURSO DE OFÍCIO NÃO CONHECIDO. VALOR DE ALÇADA. PORTARIA MF Nº 63 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2017.

O Recurso de Ofício não alcança o limite de R\$2.500.000,00 (dois milhões e meio de reais) ampliado pela Portaria MF nº 63 de 09 de fevereiro de 2017 e, portanto, não deve ser conhecido.

NULIDADE. ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O erro na citação do enquadramento legal de determinada infração não causa nulidade do auto de infração quando através da descrição dos fatos é possível a pessoa jurídica compreender os fatos imputados e exercer seu direito de defesa.

NULIDADE. AMOSTRAGEM.

Ao realizar os trabalhos de fiscalização, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil pode valer-se de qualquer método de fiscalização não vedado por norma legal ou administrativa, inclusive da auditoria por amostragem.

PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, exceto se a impugnante demonstrar, via requerimento à autoridade julgadora, a ocorrência das condições previstas na legislação para apresentação de provas em momento posterior.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO PELAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei validamente inserida no ordenamento jurídico, sob fundamento de inconstitucionalidade.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. ATIVIDADE FUNCIONAL VINCULADA.

Positivada a norma tributária, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, pois o lançamento é uma atividade vinculada, conforme disposição contida no CTN.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCABIMENTO DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

Com o início do procedimento fiscal, o contribuinte perdeu o direito à denúncia espontânea, sendo, portanto, cabível a multa de lançamento de ofício de 75%.

MULTA QUALIFICADA DE 150%.

A deliberada intenção do contribuinte em impedir o conhecimento, por parte da SRF, da ocorrência do real fato gerador, mediante a subtração de receitas da base de cálculo de tributação, impõe a aplicação de multa qualificada de 150%, na forma do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Correta a sujeição passiva solidária imputada às sócios gerentes da pessoa jurídica, à época dos fatos geradores, quando constatada infração tributária dolosa, nos termos do artigo 135, inciso III, da Lei nº 5.172/66.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, apenas para excluir, do voto e da ementa proferidos em sede de julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, as menções à exclusão da multa majorada em 50%, efetuada pela DRJ, e que não foi objeto de recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

(assinado digitalmente)

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte

Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laércio Cruz Uliana Junior.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por pela Fazenda Nacional em face do acórdão nº 3201-003.140, de minha relatoria, proferido por esta desta 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF em 25 de setembro de 2017.

A Fazenda Nacional aponta a existência de **contradição** uma vez que *"apesar do Colegiado não conhecer do recurso de ofício, aborda, tanto na ementa, quanto no voto condutor do acórdão, o assunto que já havia ensejado exoneração parcial do lançamento pela DRJ, a saber, o agravamento da multa em 50%."*

Os referidos Embargos foram admitidos pelo Presidente da desta Turma, nos seguintes termos:

No tocante à alegação de contradição na decisão embargada, os excertos do acórdão, transcritos a seguir, são elucidativos:

fl. 19539:

RECURSO DE OFÍCIO NÃO CONHECIDO. VALOR DE ALÇADA.

PORTARIA MF Nº 63 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2017.

O Recurso de Ofício não alcança o limite de R\$2.500.000,00 (dois milhões e meio de reais) ampliado pela Portaria MF nº 63 de 09 de fevereiro de 2017 e, portanto, não deve ser conhecido. (...)

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não se conhecer do recurso de ofício e negar provimento ao recurso voluntário.(grifamos)

fl. 19540:

MULTA DE OFICIO AGRAVADA EM 50%. DESCABIMENTO.

ATENDIMENTO PARCIAL ÀS INTIMAÇÕES FISCAIS.

Não cabe o agravamento da multa de ofício de 150 para 225%, na forma do art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, quando o contribuinte atende, ainda que parcialmente, às intimações da fiscalização.

Analizando os trechos reproduzidos acima e o voto condutor do acórdão, pode-se constatar que a embargante tem razão quando alega que a decisão embargada padece de contradição. De fato, se o colegiado não conheceu do recurso de ofício, pelas razões expostas na decisão (fl. 19540 e 19574), não deveria ter se pronunciado - na ementa (fl. 19540) e no voto condutor (quando endossa a decisão da DRJ: vide, por exemplo, fls. 19551 e

19574) - sobre matéria contestada no recurso de ofício - multa agravada que já havia sido excluída pela decisão da DRJ. Em face de evidente contradição, deve a decisão ser saneada.

Os autos, foram, então, a mim remetidos para fins de elaboração de relatório e voto e inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Conforme consta do Relatório supra, o presente feito foi remetido para fins de julgamento de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário.

O Recurso de Ofício fora interposto em razão da exoneração, pela DRJ, do valor correspondente ao agravamento da multa de ofício, com a redução da multa do lançamento de ofício do percentual de 225% para 150%.

Todavia, quando do julgamento do feito, o valor exonerado encontrava-se abaixo do limite de alçada redefinido pela Portaria MF nº 63 de 09 de fevereiro de 2017 (R\$ 2.500.000,00 dois milhões e quinhentos mil reais), acarretando o não conhecimento do Recurso de Ofício nos termos da Súmula CARF nº 103:

Não obstante, quando do julgamento do Recurso Voluntário, o voto foi proferido nos termos do § 3º do art 57 do RICARF, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017, ou seja, mediante *"a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida."*

Ocorre que, quando da **transcrição da íntegra** da decisão recorrida e da respectiva ementa - como dito, com fundamento em disposição regimental - esta Relatora deixou de suprimir os trechos em que mencionava-se a exclusão da multa agravada, que, por óbvio, não integravam o Recurso Voluntário, mas, apenas, o Recurso de Ofício não conhecido.

Evidencia-se, assim, que os trechos da decisão recorrida que faziam menção à exclusão da multa agravada foram mantidos na transcrição da íntegra da decisão proferida apenas para fins de coerência textual, e não com o intuito de revisar matéria já decidida e não mais passível de revisão nessa instância julgadora.

Não obstante, para se atender o pleito da Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme Embargos de Declaração admitidos, transcreve-se, novamente, a decisão proferida pela DRJ e mantida por esta Turma Julgadora, assim como a respectiva ementa, desta feita, omitindo-se, quando possível, os trechos em que se abordou o agravamento da multa de ofício:

A impugnação é tempestiva e preenche os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, dela, pois, tomo conhecimento.

Analisaremos em separado as preliminares apresentadas pela Empresa e pelos Sócios.

PRELIMINARES de defesa da EMPRESA:

1) A anulação do auto de infração pelo reconhecimento do cerceamento de defesa e da inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa ante a ausência de análise da documentação apresentada pela empresa no curso da fiscalização à autoridade fiscal;

A impugnante alega que a autoridade fiscal, declaradamente, deixou de analisar importantes e relevantes documentos apresentados pela empresa que fundamentam todo o aproveitamento de créditos de PIS e COFINS em sua contabilidade, pelo regime da não cumulatividade, especificamente vários arquivos, entregues em pendrive, que continham os livros razão da empresa e a relação detalhada dos lançamentos que comprovam a origem dos créditos extemporâneos de PIS e COFINS lançados na DACON, com a informação detalhada de NF, fornecedor, data, valor e conta de contabilização do referido documento fiscal.

Conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 16126), não foi possível efetuar a leitura e análise destes arquivos, pois os mesmos foram apresentados corrompidos.

Entretanto, a empresa alega que NUNCA foi intimada sobre a impossibilidade de leitura parcial do pendrive e que, diante disso, impõe-se a nulidade do presente auto de infração.

Entendo que é importante destacar que a empresa informou à autoridade fiscal que disponibilizaria a documentação física necessária para confrontação dos valores lançados digitalmente e afirmou que, para entregar esta documentação seriam necessários, no mínimo, dois caminhões (fls. 16125/16126 e 16357/16358).

Assim, em 13/08/2014, a autoridade fiscal esteve na sede da empresa para verificação dos documentos ainda não apresentados. Entretanto, o Sr. Luis Carlos Postal, administrador da empresa fiscalizada, declarou não possuir qualquer documento da empresa relativo ao período fiscalizado (fls. 16129).

Como se vê acima, a maior parte da documentação que seria necessária à comprovação dos lançamentos dos créditos não foi efetivamente apresentada pelo contribuinte, sendo que a parte disponibilizada, de acordo com o Relatório Fiscal e as provas dos autos, foi efetivamente analisada pela fiscalização, ainda que por critério de amostragem. Ademais, em se tratando de reconhecimento de direito creditório, cabe ao contribuinte a demonstração e comprovação, lançamento a lançamento, do crédito alegado.

Diante do exposto, a argumentação da defesa não merece prosperar.

2) A anulação do auto de infração pelo reconhecimento do cerceamento de defesa e da inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa ante a ausência de intimação da empresa a se manifestar acerca da prova emprestada de processo diverso e utilizada pela autoridade fiscal como prova para lavratura do referido auto de infração;

A impugnante alega que a autoridade fiscal utilizou documentos que foram adquiridos de forma emprestada, advindos de processo diverso, e que não foram levados ao conhecimento da empresa fiscalizada no curso do processo de fiscalização.

Assim se expressa a manifestante.

A empresa jamais foi intimada a se manifestar, ou prestar explicações, sobre o teor dos documentos utilizados de forma emprestada pela autoridade fiscal. A empresa não tem como saber o teor de tais documentos.

(...)

Chama a atenção, ainda, o ofício ser datado de 09/01/2014, sendo que o início da fiscalização ocorreu em 24/03/2014 e o fiscal ter utilizado tais documentos no curso do procedimento fiscalizatório.

(...)

Como se pode observar, a prova emprestada tributária não pode ser considerada suficiente para constituir o fato jurídico tributário. Como destaca a professora Fabiana Tomé, a prova emprestada tributária serve como “indício fraco, que deve ser confirmado por outros elementos indicativos da ocorrência do fato, prestando-se, portanto, como ponto de partida para o procedimento fiscalizatório por parte da pessoa política que pretende dela fazer uso.

(...)

Inerente ao direito de defesa, o Contraditório é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou reação.

Conforme trecho do Relatório de Fiscalização (fls. 16129/16130) transcrito abaixo, a fiscalização teve acesso a documentos apreendidos por ocasião das buscas e apreensões determinadas pelo Juiz Mauro Caumo do juízo da 2ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, RS, para fins de instrução probatória no processo nº 001/2.13.0009568-5 contra Luis Adriano Vargas Buchar e Outros, o qual tramita no juízo da 2ª

Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre – RS, cujo acesso a esses documentos, pela RFB, foi deferida pelo juiz do feito no ofício nº. 20/2014, de 09/01/2014 (doc. fls. 12321/12323).

*Nos documentos apreendidos verificou-se a troca de correspondências da fiscalizada com a empresa de consultoria: **Economia - Consultoria Tributária Ltda. – CNPJ nº 05.240.669/0001-74**, cujo sócio é o Sr. Luis Adriano Vargas Buchor. Pela análise desses documentos constatou-se que as contribuições a recolher eram determinadas em parceria com essa consultoria e os honorários cobrados pela consultoria correspondiam a um percentual (20,0%) sobre os tributos que a empresa deixava de recolher pela inserção de créditos indevidos (falsos) do **IPI, do PIS e da COFINS, bem como do ICMS** (doc. fls. 12324/12342).*

Esse fato pode ser verificado nas informações obtidas junto a documentos apreendidos para instrução probatória no processo nº 001/2.13.0009568-5 contra Luís Adriano Vargas Buchor e Outros. Em planilha anexa às folhas 12324/12342 pode ser verificado que os honorários pagos à empresa de consultoria realmente correspondem a 20,0% dos tributos omitidos e não recolhidos em decorrência da utilização de créditos inexistentes (falsos) para reduzir as contribuições sociais do PIS e da COFINS devidas.

Primeiramente, destaque-se que não há irregularidade no fato da data do Ofício ser anterior à data de início do processo fiscalizatório. De fato, é comum que, antes de iniciar a fiscalização, a autoridade fiscal reúna os elementos necessários para justificar e orientar a ação fiscal.

Entendo que não cabe neste processo administrativo a discussão sobre as provas ou o mérito do processo judicial, qualquer discussão neste sentido deve ser restrita à esfera judicial. Entretanto, a partir da análise do processo judicial surgiram elementos que nortearam a ação fiscal com o objetivo de apurar a utilização de créditos inexistentes (falsos) para reduzir as contribuições sociais do PIS e da COFINS devidas.

No procedimento de fiscalização, o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar diversos documentos e informações objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas às contribuições sociais do PIS e da COFINS no período de 01/01/2009 a 31/12/2013. Conforme detalhado no Relatório Fiscal, o contribuinte deixou de apresentar diversos documentos necessários para comprovar o suposto direito creditório constante de sua escrituração contábil e as informações constantes de suas declarações (DCTFs, DIPJs, DACONs).

Portanto, tendo o contribuinte sido regularmente cientificado do Auto de Infração e do Relatório Fiscal, que discrimina todo o

procedimento fiscal e faz referência às informações obtidas de processo diverso mediante autorização judicial (fls. 12321/12342), não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa, pois o contribuinte em sua impugnação pode trazer suas razões de contestação.

Acrescente-se que é pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência que o procedimento de fiscalização tem caráter inquisitório, nele não havendo que se falar em contraditório, sendo permitido, inclusive, à autoridade fiscal proceder ao lançamento sem prévia intimação do contribuinte, conforme Súmula CARF que abaixo transcrevo.

Súmula CARF nº 46: O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

3) A anulação do auto de infração pelo emprego de presunção e amostragem, equivocadamente utilizados pela autoridade fiscal como fundamento para autuação de períodos não analisados;

A impugnante se insurge contra a utilização da Técnica de Amostragem no procedimento fiscal alegando que um levantamento realizado, unicamente, com base em amostragem, probabilidade, porcentagem, não substitui uma fiscalização concreta, plena, incontestável na certeza quanto aos fatos que conferem a precisão para a cobrança do imposto. Urge que os fatos apontados pela fiscalização estejam provados, não parem dúvidas. A demonstração da alegada infração por amostragem implica em lançamento arbitrário do tributo.

Entendo que o lançamento levou em consideração a totalidade das operações sujeitas à glosa por falta de comprovação, segundo as informações prestadas pelo próprio contribuinte em suas declarações apresentadas à RFB, utilizando-se do procedimento de amostragem para análise de operações e situações específicas que foram suficientes para indicar a existência da infração tributária.

Cabe ao contribuinte o ônus da prova de seu direito creditório. Segundo o entendimento da autoridade fiscal os elementos e documentos apresentados pelo contribuinte, em atendimento às intimações fiscais e diligências efetuadas, não foram suficientes para amparar o direito creditório pretendido.

Por outro lado, ainda que a autoridade fiscal, para firmar suas conclusões, tenha se utilizado da técnica de análise por amostragem, tal fato, por si só, não seria causa de nulidade. Neste sentido, trago à colação o entendimento adotado no Acórdão da 5ª Turma da DRJ/RJ2 nº 13-33942, de 24/03/2011, segundo o qual ao realizar os trabalhos de fiscalização a ele atribuídos, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil pode valer-se de qualquer método de fiscalização não vedado por

norma legal ou administrativa, inclusive da auditoria por amostragem.

Amostragem.

Ao realizar os trabalhos de fiscalização a ele atribuídos, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil pode valer-se de qualquer método de fiscalização não vedado por norma legal ou administrativa, inclusive da auditoria por amostragem.

Por todo o exposto, rejeito esta preliminar de nulidade.

4) A anulação do auto de infração pela falta de discriminação detalhada dos insumos glosados pela autoridade fiscal, utilizados como base para o creditamento de PIS e COFINS extemporâneos pela empresa;

A impugnante alega que num processo de fiscalização regular, cabe à autoridade fiscal identificar, dentro da relação de despesas contabilizadas como passíveis de creditamento, quais são as despesas que não podem servir de base creditável e, por conseguinte, merecem ser glosadas. Contudo, alega ainda a impugnante, no presente auto de infração, a Autoridade Fiscal lançou nos demonstrativos de apuração, os valores totais dos créditos considerados como indevidamente aproveitados, sem, contudo, informar quais foram os insumos lançados individualmente que foram glosados. Se assim não entendido, a impugnante requer a realização das diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos.

Entendo que o procedimento fiscal se baseou nas informações constantes dos DACON's da empresa e nas informações apresentadas pelo contribuinte em atendimento às intimações, conforme especificado no Relatório Fiscal (fls. 16123/16124 e 16134), abaixo transcrito.

*Outra manifestação do contribuinte deu-se em 20/05/2014, nesta data declarou estar apresentando a **Memória de Cálculo do PIS e da COFINS dos anos de 2009 a 2013** e as suas justificativas para a origem dos créditos lançados nos DACON's e planilhas sobre a revisão de créditos extemporâneos do período iniciado no ano de 2004 até 2013, realizado pela empresa. A resposta compõe-se de uma folha de apresentação (fl. 6365) e 59 folhas contendo planilhas identificadas com os títulos: **a) - MEMÓRIA DE CÁLCULO CREDITAMENTO PIS E COFINS** (duas folhas - 6366/6367); **b) - MOVELPAR - CRÉDITO EXTEMPORÂNEOS PIS E COFINS** (duas folhas - 6368/6369) **c) - MOVELPAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA - CNPJ: 91.032.383/0001-35- LUCRO REAL - Apresenta, por totais, o cálculo do PIS e da COFINS com a indicação do valor da base de cálculo do crédito extemporâneo dessas contribuições no período de 01/2009 a 12/2013** (trinta folhas - 6370/6399); **d) -***

APURAÇÃO DE CRÉDITO SOBRE ESTOQUE DE ABERTURA - 2004 (uma folha - 6400); e) - RESUMO – BASE DE INSUMOS PARA CREDITAMENTO - 2004 2º TRIMESTRE A JUNHO/2013 - PIS E COFINS CREDITADOS PELO CLIENTE (vinte e uma folhas - 6401/ 6421); f) - REVISÃO CREDITAMENTO PIS E COFINS (uma folha - 6422); g) - MOVEPAR - CRÉDITO EXTEMPORÂNEO PIS E COFINS - CONTA CORRENTE DE COMPENSAÇÕES – CRÉDITO EXTEMPORÂNEO APURADO DE JAN/2009 A DEZ/2010 (duas folhas - 6423/6424).

(...)

Juntamos cópias dos DACON's às folhas 9625/11185, onde, na linha 02 das fichas 06-A e 16-A, foram registrados valores de bens utilizados como insumos superiores àqueles que a empresa tem direito a descontar. Esses valores foram declarados pela empresa como créditos extemporâneos na resposta a intimação apresentada em 20/05/2014 (doc. fls. 6370/6399) e estão relacionados no anexo às folhas 16110 a 16111.

Portanto, o Anexo I do Relatório Fiscal (fls. 16110/16111), que discrimina os valores mensais de glosa de Crédito Extemporâneo, foi elaborado a partir das informações constantes dos DACON's da empresa e foram consolidadas pelo contribuinte em sua resposta à intimação fiscal (fls. 6370/6399), motivo pelo qual se conclui que a impugnante tem pleno conhecimento da composição dos valores referentes aos créditos extemporâneos glosados.

Diante do exposto, rejeito esta preliminar de nulidade e o pedido de diligência, em face da sua desnecessidade, e o faço com respaldo no art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

5) A anulação do auto de infração pela falta de apresentação de fundamento legal para a glosa de insumos utilizados como base para o creditamento de PIS e COFINS pela empresa, bem como para a glosa de créditos tomados sobre locações pagas à Pessoa Jurídica e sobre vendas canceladas, registradas através de notas fiscais de devolução, e/ou apresentação de fundamentação genérica;

A impugnante considera insuficiente a descrição dos fatos e a omissão no enquadramento legal do auto de infração, impossibilitando caracterizar com clareza o ilícito imputado ao sujeito passivo, implicando no descumprimento de formalidade essencial exigida por lei e configurando cerceamento do direito de defesa, assim impondo-se a decretação de sua nulidade.

Argumenta, ainda, que a legislação apresentada é justamente aquela que possibilita o creditamento de insumos, serviços, energia, depreciação e outras despesas incorridas no processo da empresa e não houve, pela autoridade fiscal, qualquer

fundamentação para a glosa dos créditos utilizados pela empresa.

Entendo que o contribuinte não está sendo autuado porque seus créditos não se enquadram em tese no artigo 3º da Lei nº 10.637/02 ou da Lei nº 10.833/03, mas porque as respectivas operações não foram comprovadas e esse fato foi perfeitamente relatado na descrição dos fatos e compreendido pelo autuado, sendo isso suficiente para assegurar a validade do procedimento.

O que assegura o direito ao crédito pretendido é a apresentação da documentação hábil para comprovação dos fatos registrados na contabilidade, conforme disposto no art. 923 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), abaixo transcrito.

Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).

Portanto, não houve erro de enquadramento legal. A mera ausência de referência a este dispositivo do RIR no enquadramento legal não seria suficiente para determinar a nulidade do auto de infração já que a descrição dos fatos foi suficiente para permitir ao autuado a perfeita compreensão da infração que lhe estava sendo imputada.

Este também é o entendimento adotado pelo CARF no Acórdão transcrito abaixo.

CARF Acórdão 1401-001.504 de 20/01/2016

Ementa

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano: 2007 NULIDADE - ENQUADRAMENTO
LEGAL - As formalidades procedimentais só ensejam nulidades quando repercutem substancialmente; no caso específico, quando cerceiam o direito de defesa do contribuinte. Nem mesmo um erro evidente no enquadramento legal, algo não caracterizado no presente feito, seria capaz de tornar nulo o procedimento, se a descrição fiscal foi suficiente para a precisa identificação do teor acusatório.*

Desta forma, rejeito esta preliminar de nulidade.

PRELIMINARES de defesa dos SÓCIOS:

6) A anulação do Auto de Infração por erro na descrição do fundamento legal da infração e pela inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa;

Os impugnantes alegam que a Autoridade Fiscal fundamentou o Auto de Infração com base em três dispositivos distintos em três momentos diferentes:

1) No item 6 do Relatório Fiscal do Auto de Infração, que fala da Responsabilidade Tributária, a autoridade fiscal entendeu em responsabilizar solidariamente os administradores da empresa contribuinte pelo presente crédito tributário, pelo comando do Art. 135, Inciso III, da Lei nº 5.172 (CTN).

2) Já no Termo de Sujeição Passiva Solidária contra os sócios administradores, ora impugnantes, pelos débitos apurados objeto deste lançamento de ofício com aplicação da multa qualificada e majorada de 225%, com base no Art. 124, Inciso I da Lei nº 5.172 (CTN), sendo os impugnantes erigidos à condição de responsáveis tributários solidários pelos créditos constituídos contra a pessoa jurídica contribuinte.

3) Ainda, quando da lavratura do Auto de Infração, mais especificamente no Demonstrativo de Responsáveis Tributários, o Auditor-Fiscal utilizou como fundamento legal para os sócios responderem solidariamente com a empresa fiscalizada o Art. 124, Inciso II da Lei nº 5.172 (CTN).

Em seguida, a defesa argumenta que a confusão na descrição da base legal que motivou a formalização da exigência do crédito tributário constitui vício insanável a ponto de ser decretada a nulidade do auto de infração lavrado e que houve gritante cerceamento de defesa aos impugnantes, tendo em vista que a Autoridade Fiscal deixou de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao não definir de maneira clara e precisa qual foi o dispositivo legal considerado infringido pelos impugnantes.

Segue-se a transcrição dos dispositivos em comento.

CTN – Lei nº 5.172/96 Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Entendo que, no presente caso, o enquadramento correto da responsabilidade solidária dos sócios é o Art. 135, Inciso III, da Lei nº 5.172 (CTN), conforme descrito no item 6 do Relatório Fiscal.

Ainda que, no Termo de Sujeição Passiva Solidária e no Demonstrativo de Responsáveis Tributários do Auto de Infração, a autoridade fiscal tenha utilizado enquadramentos legais diversos, (Art. 124, Incisos I e II, CTN, respectivamente), isso não é suficiente para determinar a nulidade dessa sujeição, já que o enquadramento legal descrito no item 6 do Relatório Fiscal do auto de infração está correto e que, na descrição dos fatos, restou claro que a responsabilização se deu pelo fato de os Srs. LUÍS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI serem sócios gerentes da empresa na época da ocorrência dos fatos, o que não foi contestado, em nenhum momento, pela defesa.

Abaixo transcrevemos trecho do Relatório Fiscal sobre a Responsabilidade Tributária, fls. 16136.

*De acordo com os sistemas informatizados da RFB, e alterações contratuais apresentadas, **LUIS CARLOS POSTAL**, (CPF 498.608.870-04), e **JOSÉ PASQUALINI**, (CPF 328.331.050-53), eram os administradores da pessoa jurídica no período fiscalizado, sendo, portanto, diretamente responsáveis para que a legislação tributária fosse infringida quando da reiterada prática dolosa de apurar e informar nos DACON's (doc. fls. 9625/11185) e nas DCTF's (doc.*

fls. 11186/11989) da empresa tributo inferior ao efetivamente devido por meio da utilização de artifícios ardilosos, com o evidente intuito de fraude e sonegação.

Além de emitir notas fiscais com informações falsas e utilização das mesmas para abater créditos de contribuições devidas sobre o faturamento e lançá-las na sua escrituração fiscal e contábil.

Destarte, os administradores devem ser responsabilizados solidariamente pelo presente crédito tributário, pelo comando do art. 135, inciso III, do CTN.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

...

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

O entendimento de que o eventual erro de enquadramento não é, por si só, suficiente para determinar a nulidade do auto de infração é corrente nas Delegacias da Receita Federal de

Julgamento – DRJ e no CARF, conforme expresso nos Acórdãos abaixo transcritos:

Acórdão nº 11-36205 da 4ª Turma da DRJ/REC, de 29 de fevereiro de 2012.

NULIDADE - ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL.

O erro na citação do enquadramento legal de determinada infração não causa nulidade do auto de infração quando através da descrição dos fatos é possível a pessoa jurídica compreender os fatos imputados e exercer seu direito de defesa.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Correta a sujeição passiva solidária imputada às pessoas físicas ou jurídicas que tenham participação na situação que gerou a obrigação tributária, com base no previsto artigo 135, inciso III da Lei nº 5.172/66.

CARF Acórdão 1401-001.504 de 20/01/2016.

Ementa

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano: 2007 NULIDADE - ENQUADRAMENTO LEGAL - As formalidades procedimentais só ensejam nulidades quando repercutem substancialmente; no caso específico, quando cerceiam o direito de defesa do contribuinte. Nem mesmo um erro evidente no enquadramento legal, algo não caracterizado no presente feito, seria capaz de tornar nulo o procedimento, se a descrição fiscal foi suficiente para a precisa identificação do teor acusatório.*

Portanto, ainda que conste erro no enquadramento legal no Termo de Sujeição Passiva Solidária e no Demonstrativo de Responsáveis Tributários do Auto de Infração, a descrição dos fatos contidas no Relatório Fiscal (fls. 16122/16138) permitiu a correta compreensão dos fatos relativos ao Auto de Infração e ao Termo de Sujeição Passiva Solidária e a apresentação da competente impugnação para exercício do direito de defesa.

De fato, em suas razões de mérito, o contribuinte demonstrou compreender perfeitamente a natureza da infração, razão pela qual rejeito esta preliminar de nulidade.

7) A anulação do Termo de Sujeição Passiva Solidária em face da equivocada interpretação dada pela autoridade fiscal com fulcro no art. 124, inciso I do CTN (fls. 16157/16172);

Os impugnantes alegam que a Fiscalização não pode fundamentar a suposta responsabilidade dos sócios administradores indistintamente no artigo 124 ou no artigo 135,

ambos do CTN, eis que tais dispositivos partem de pressupostos totalmente diferentes.

A defesa argumenta, ainda, que as condutas e circunstâncias elencadas nos artigos 124 e 135 do CTN não possuem nenhum liame com a solidariedade baseada no interesse comum, sendo que a previsão legal na qual restou fundamentado o Termo de Sujeição Passiva Solidária não prevalece e, desta forma, impõe-se a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária por erro na sua fundamentação.

Conforme já explicitado no item anterior, entendo que, no presente caso, o enquadramento correto da responsabilidade solidária dos sócios no Art. 135, Inciso III, da Lei nº 5.172 (CTN) e a correta descrição dos fatos constantes do Relatório Fiscal são suficientes para assegurar a validade do lançamento, já que permitiram ao contribuinte exercer plenamente sua defesa.

8) A anulação do Termo de Sujeição Passiva Solidária em face da ausência de motivação do ato administrativo praticado pela autoridade fiscal quanto a responsabilização dos sócios.

Os impugnantes alegam que o Auditor-Fiscal autuante não se preocupou em provar a infração, carecendo de suporte fático a autuação, por carência de motivação. Sem provas de que os impugnantes teriam agido com dolo, fraude ou simulação, em afronta à lei ou

ao contrato social, sem diligências visando a constatar a gestão fraudulenta da sociedade, não se pode pretender a sua responsabilização.

A defesa alega, ainda, que nos termos da legislação em vigor, nos casos dos art. 135 e 137 do CTN, há necessidade de comprovação de fato jurídico tributário, distinto da ocorrência do fato gerador, capaz de permitir a inclusão dos sócios e/ou administradores no polo passivo da relação jurídica tributária, razão pela qual o presente Termo de Sujeição Passiva Solidária deve ser declarado nulo.

Abaixo transcrevemos trecho do Relatório Fiscal sobre a Responsabilidade Tributária, fls. 16136.

*De acordo com os sistemas informatizados da RFB, e alterações contratuais apresentadas, **LUIS CARLOS POSTAL**, (CPF 498.608.870-04), e **JOSÉ PASQUALINI**, (CPF 328.331.050-53), eram os administradores da pessoa jurídica no período fiscalizado, sendo, portanto, diretamente responsáveis para que a legislação tributária fosse infringida quando da reiterada prática dolosa de apurar e informar nos DACTON's (doc. fls. 9625/11185) e nas DCTF's (doc.*

fls. 11186/11989) da empresa tributo inferior ao efetivamente devido por meio da utilização de artifícios ardilosos, com o evidente intuito de fraude e sonegação.

Além de emitir notas fiscais com informações falsas e utilização das mesmas para abater créditos de contribuições devidas sobre o faturamento e lançá-las na sua escrituração fiscal e contábil.

Destarte, os administradores devem ser responsabilizados solidariamente pelo presente crédito tributário, pelo comando do art. 135, inciso III, do CTN.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

...

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

Assim sendo, lavramos Termo de Sujeição Passiva Solidária para os administradores pelos débitos apurados objeto deste lançamento de ofício com aplicação da multa qualificada e majorada de 225%, com base no art. 135, III do CTN.

Conforme texto acima transcrito, a autoridade fiscal é expressa em afirmar que os Srs. LUIS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI eram sócios gerentes da empresa autuada na época dos fatos geradores e que esta praticou atos dolosos com infração da lei, subsumindo-se esse fato à previsão de responsabilidade solidária de que trata o Art. 135, inciso III, do CTN. Logo, não há que se falar em ausência de motivação da responsabilização solidária.

Por outro lado, em sua impugnação, a defesa não contesta o fato de que os Srs. LUIS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI eram os sócios gerentes da empresa na época dos fatos. Portanto, considerando que houve a infração tributária dolosa, conforme análise de mérito subsequente, cabível foi a responsabilização solidária dos sócios.

Assim, rejeito esta preliminar de nulidade.

Em seguida, analisaremos as questões de Mérito da Empresa e dos Sócios.

MÉRITO de defesa da EMPRESA:

9) Sejam considerados legais os créditos extemporâneos de PIS e COFINS tomados sobre as despesas e insumos, constantes nas planilhas do anexo I e lançados nos livros razão da empresa, que foram creditados de forma extemporânea a partir de jan/2009 até dez/2013, conforme

apresentado no item II.1 do mérito, cancelando-se o crédito tributário apurado no auto de infração no valor de R\$ 382.525,59 para o PIS e de R\$ 1.761.936,04 para o COFINS e seus reflexos nas multas;

A impugnante limita-se a transcrever os artigos 3º da Lei nº 10.637/02 (PIS) e da Lei nº 10.833/03 (COFINS) e anexar diversos julgados do CARF e de Tribunais Regionais Federais sobre o conceito de insumo dentro da sistemática de apuração de créditos pela não cumulatividade de PIS e Cofins, bem como apresentar um demonstrativo com o resumo da apuração de créditos extemporâneos de PIS e COFINS no ano de 2008, extraído dos livros razão, e cópias do razão da conta Serviços Terceiros Laminação e Zincagem.

*Alega, ainda, que a relação detalhada de TODAS as despesas integrantes em cada conta relacionada nas planilhas de revisão apuradas pela empresa está discriminada no livro razão da empresa, apresentado à autoridade fiscal, e que não há qualquer indício de ilegalidade no procedimento adotado pela empresa e tampouco há legislação que restrinja tal procedimento, muito pelo contrário, pois conforme anteriormente apresentado as leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 assim definem: **§ 4º O crédito não aproveitado em determinado mês poderá sê-lo nos meses subsequentes.***

Não se questiona o fato de a legislação assegurar em tese ao contribuinte o direito de aproveitamento de créditos extemporâneos conforme reivindicado pelo contribuinte.

Ocorre que no presente caso a glosa não está sendo imposta por não ser permitido o creditamento extemporâneo, mas pelo fato de o contribuinte não haver apresentado a documentação comprobatória das operações que teriam originado os referidos créditos.

Note-se que, segundo o Relatório Fiscal (fls. 16129), em 13/08/2014, ao efetuar diligência na empresa para confrontação dos valores lançados digitalmente com os documentos físicos, o Sr. Luís Carlos Postal, administrador da empresa fiscalizada, declarou não possuir qualquer documento da empresa relativa ao período fiscalizado e que iria entrar em contato com a sua assessoria jurídica KRÁS BORGES & DUARTE ADVOGADOS para saber onde estariam os documentos da empresa exigidos nas intimações (os dois caminhões de documentos) que declarou possuir em resposta às intimações apresentadas em 02/07/2014.

Entretanto, até o final da ação fiscal, não logrou apresentar tais documentos. Desta forma, conclui-se que a causa da glosa dos créditos extemporâneos foi a falta de apresentação de documentos comprobatórios do crédito pelo contribuinte no atendimento às intimações fiscais e na diligência efetuada em 13/08/2014.

A peça impugnatória apresenta a mera transcrição da legislação referente à matéria (Lei nº 10.637/02 e Lei nº 10.833/03) e de

julgados do CARF e de Tribunais Regionais Federais sobre o conceito de insumo, o que não é suficiente para comprovar o direito creditório alegado pelo contribuinte, nem mesmo quando acompanhada de resumo da apuração dos créditos extemporâneos extraído dos livros razão.

Entendo que a questão central não foi atendida pelo contribuinte, ou seja: em sua impugnação, não houve a apresentação de elementos comprobatórios do seu direito creditório, motivo pelo qual rejeito a argumentação da defesa.

10) Subsidiariamente, caso sejam glosados algumas despesas e insumos constantes no anexo I da presente impugnação, então que sejam discriminados individualmente os lançamentos glosados, e sob qual fundamentação legal;

A glosa dos créditos extemporâneos é total e foi o próprio contribuinte quem realizou a apuração destes créditos a partir dos lançamentos da contabilidade. O enquadramento legal consta do auto de infração e, como mencionado anteriormente, a glosa foi efetuada por falta de apresentação de documentação comprobatória do direito creditório em atendimento às intimações fiscais e na diligência efetuada em 13/08/2014.

Tendo em vista que o contribuinte em sua impugnação não traz novos elementos capazes de demonstrar a origem do crédito alegado, nenhum reparo há que se fazer ao lançamento, motivo pelo qual rejeito a argumentação da defesa.

11) Sejam considerados legais os créditos de PIS e COFINS tomados sobre a despesa de locação paga à Pessoa Jurídica, conforme apresentado no item II.2 do mérito, cancelando-se o crédito tributário apurado no auto de infração no valor de R\$ 40.561,27 para o PIS e de R\$ 186.827,64 para o COFINS e seus reflexos nas multas;

Alega a impugnante que a relação comercial de locação decorre dos contratos de locação apresentados pela empresa à autoridade fiscal e que tais documentos, por si só, são aptos a comprovar a veracidade desta relação. Não obstante, alega ainda o contribuinte, os lançamentos contábeis nos livros razão e diário da empresa também comprovam a efetividade dos pagamentos, senão tais pagamentos não poderiam estar ali lançados.

Sobre esse tema assim se expressa o Relatório Fiscal (fls. 16133):

A prática da infração consiste na tomada de créditos sobre valores escriturados como aluguéis de imóveis cujos valores não tiveram seu pagamento comprovado e sobre direito de usos de marcas. Este último, além de não comprovar o seu efetivo desembolso financeiro, a legislação não contempla o direito de descontar crédito do PIS e da COFINS devidos sobre o faturamento.

Desta forma, conclui-se que o contribuinte não logrou êxito em comprovar os pagamentos efetuados a título de aluguéis de imóveis, motivo pelo qual foi efetuada a glosa dos valores do contrato de locação pela autoridade fiscal.

A alegada apresentação do contrato de locação, com os respectivos lançamentos nos livros contábeis, não é suficiente para atestar a efetividade da operação, se não acompanhada de documentos mínimos capazes de atestar a efetividade dos respectivos pagamentos, tais como recibos e/ou extratos bancários, o que efetivamente não ocorreu. Com efeito, em sua impugnação, o contribuinte não demonstra o efetivo desembolso financeiro referente ao referido contrato.

Assim sendo, rejeito a argumentação da defesa.

12) Sejam considerados legais os créditos de PIS e COFINS tomados sobre as vendas canceladas, apurados através das notas fiscais de devolução de mercadorias, conforme apresentado no item II.3 do mérito, cancelando-se o crédito tributário apurado no auto de infração no valor de R\$ 136.319,85 para o PIS e de R\$ 627.897,41 para o COFINS e seus reflexos nas multas;

A impugnante alega que, devido ao grande volume de devoluções, e visando agilizar o processo interno de sua contabilidade, a empresa entendeu por bem concentrar as notas fiscais relativas à devolução de mercadorias, em grupos semanais ou quinzenais, e emitir uma nota fiscal própria, onde constasse o valor das mercadorias recebidas em devolução e os impostos incidentes sobre as operações canceladas, como ICMS e IPI.

Como forma de manter registrada a informação de quais notas integravam a nota fiscal própria emitida, a empresa lançava SEMPRE a relação de notas fiscais no campo observação da sua nota fiscal. Tais informações foram prestadas à autoridade fiscal através da petição do contribuinte datada de 11/07/2014 (docs de folhas 9510-9615 do processo), conforme transcrição abaixo:

Em relação às notas fiscais de devolução emitidas pela própria empresa, no período fiscalizado de 01/2009 a 12/2013 (notas fiscais de entradas), com aproveitamento de crédito de IPI, onde a mesma, conforme alegado pelo agente fiscal, não teria identificado o produto recebido em devolução e nem a NCM, a alíquota do IPI aplicada para cada produto, bem como o remetente da mercadoria devolvida, a fiscalizada informa que diante do volume de devoluções havidas no período fez constar nas respectivas notas fiscais de entrada a indicação das notas fiscais de saídas relativas à devolução ocorrida, o que supre a descrição das informações exigidas, porque as notas fiscais de saídas indicadas nas notas fiscais de entrada (CFOP devolução) apresentam o código da mercadoria, a NCM de cada produto, a quantidade, o valor unitário, o valor total, a alíquota do IPI aplicada, o valor do IPI

destacado e dos dados da pessoa (física/jurídica) que procedeu a devolução da mercadoria. A empresa agrupou e emitiu nota fiscal de entrada relativa às devoluções ocorridas no período (e em períodos anteriores as quais não haviam ainda sido contabilizadas) daqueles clientes que efetivaram a devolução sem emitirem a respectiva nota fiscal de devolução e realizou os lançamentos nos respectivos livros contábeis.

A defesa alega que a fiscalização entendeu que as devoluções constantes nas notas fiscais não foram demonstradas pela empresa, sem, contudo, analisar se as respectivas devoluções ESTAVAM COMPROVADAS nos livros de inventário de estoque que foram apresentados pela empresa.

Argumenta, ainda, que é inverídica e descabida a alegação da autoridade fiscal de que não existiam as operações correspondentes às notas fiscais relativas às devoluções e que foram relacionadas no campo de informações complementares das notas fiscais próprias emitidas pela empresa.

A defesa esclarece que a diferença entre o valor apresentado pela fiscalização nas notas fiscais nº 75167, nº 77543 e nº 83588 refletem um erro de digitação por parte da contabilidade da empresa, mas cumpre referir que este erro não se trata do valor, que certamente está correto, mas sim do número das notas fiscais listadas, que devem ser outras com números semelhantes, por isso, também, o fato destas notas fiscais possuírem data posterior à data de emissão da nota fiscal própria de devolução. Mas a empresa, NUNCA foi intimada pela autoridade fiscal para apresentar justificativas para este erro, não tendo, portanto, oportunidade de defesa no curso da fiscalização, o que por si só, comprova que a atuação da fiscalização foi tendenciosa e preconcebida.

A impugnante também afirma que, com base nos documentos apresentados pela empresa no curso da fiscalização, acrescidos das informações disponíveis pela Escrituração Fiscal Digital, pelo convênio firmado com a SEFAZ-RS e pelas informações constantes no livro de inventário de estoque, a fiscalização tem acesso a todas as notas fiscais relacionadas nas notas fiscais de devolução e aos registros efetivos das devoluções em livros, servindo de prova contundente das efetivas devoluções das mercadorias.

Para melhor entendimento da matéria, transcrevemos abaixo o trecho do Relatório Fiscal (fls. 16131/16133) referente às notas fiscais de devolução de mercadorias.

Além da infração acima descrita, verificou-se outra prática delituosa tendente a reduzir o montante do tributo devido. Trata-se da emissão, pelo sujeito passivo, de notas fiscais de entradas relativas a devoluções de mercadorias sem a identificação da mercadoria, da NCM, da alíquota do IPI e do remetente da mercadoria. Isso já basta para tirar do contribuinte o direito ao crédito das contribuições

já que não comprovou a origem dos valores consignados nas notas fiscais. Acrescenta-se a isso a não comprovação do efetivo retorno dessas mercadorias ao estabelecimento da fiscalizada mediante apresentação de documentação hábil e idônea, tais como: motivos da devolução das mercadorias, conhecimentos de transporte relativo à devolução da mercadoria, restituição do crédito pela devolução da mercadoria, etc.

Tal prática, portanto, consistia em abater créditos indevidos de contribuições sociais emitindo notas fiscais de devoluções de mercadorias. Essas devoluções não existiram ou não foram comprovadas, pois embora intimado e reintimado a comprovar o efetivo ingresso dessas mercadorias no estabelecimento da fiscalizada, a mesma não as comprovou.

*Esse procedimento baseava-se na emissão de notas fiscais de entradas de devoluções de mercadorias com destaque do PIS e da COFINS sem ter havido o efetivo retorno da mercadoria comercializada, o **emitente da nota fiscal e aquele que as devolve é o mesmo ente: a empresa fiscalizada.***

Para justificar essas operações o contribuinte declarou que emitiu as notas fiscais sendo ele cliente e fornecedor, para regularizar uma situação não realizada na data do efetivo ingresso da mercadoria no seu estabelecimento.

Porém, apenas declarou, não fez prova do alegado com apresentação de documentos da existência dessas operações de devoluções. Na sua resposta de 11/07/2014 cita que as mercadorias devolvidas são as mercadorias das notas fiscais relacionadas no campo “Observações Complementares” das notas fiscais de devoluções emitidas pela fiscalizada (notas fiscais de entradas).

Porém, na análise das notas fiscais de entradas emitidas pela fiscalizada, constatou-se que o número das notas fiscais de vendas anotadas no campo “Observações Complementares” das notas fiscais de entradas são insuficientes para confirmar/comprovar essas devoluções, pois as mesmas possuem valores diferentes das notas de devolução e constatou-se ainda que algumas notas fiscais de vendas relacionadas nessas notas fiscais de entradas indicadas como mercadorias devolvidas, foram emitidas em datas posteriores às da emissão das notas fiscais de devolução. Ora, essa é uma hipótese improvável de ocorrer: a devolução da mercadoria antes da venda.

Cita-se como exemplo a nota fiscal nº 71742, emitida em 30/11/2012 no valor total de R\$ 199.532,74, o valor dos produtos de R\$ 187.532,66 e o IPI de 12.105,08, consta no campo “informações complementares” dessa nota fiscal os números das notas fiscais de venda das mercadorias objeto da devolução n.ºs. 305959, 304304, 317788, 35415,

83588, 36038, 305750, 324178, 309443, 40101, 25934, 26446, 31880, 328664, 38449, 308682, 319566, 3818, 319371, 305816, 315534, 40589, 321351, 319018, 308502, 33829, 34089, 314004, 75167, 30681, 313787, 329080, 26675, 322699, 31970, 321298, 300090, 77543, 30774, 40088, 312667, 344416, 309789, 318330, 327988. Consta-se que a soma de todas essas notas, conforme informações prestadas por intermédio dos arquivos magnéticos das notas fiscais do contribuinte e do banco de dados do Sped, é de R\$ 64.664,36, a dos produtos R\$ 59.099,77 e do IPI de R\$ 4.397,03, inferiores aos informados na nota fiscal de devolução emitida pela fiscalizada. Além disso, constata-se que as notas fiscais nº 75167 (22/01/2013), 77543 (19/02/2013) e 83588 (25/04/2013) foram emitidas em data posterior a data da emissão da nota fiscal de devolução nº 71742 ocorrida em 05/12/2012 e muitos produtos dessas notas saíram sem o destaque do IPI. Não temos condições de inferir qual foi o produto devolvido, se foi devolvido.

Ainda, se fosse o caso da não regularização na data da efetiva operação, como declara o contribuinte, o mesmo não comprovou esse fato, por exemplo, os motivos da devolução, o acerto financeiro com o cliente que procedeu a devolução da mercadoria, o conhecimento de transporte, e a escrituração desses fatos nos livros contábeis e no livro de controle de produção e de estoque.

Portanto, nesse procedimento de emitir notas fiscais de devolução sem identificar a mercadoria devolvida e a classificação fiscal, além de não comprovar o efetivo ingresso no estabelecimento das mesmas e descontar crédito de contribuições sociais (PIS e COFINS) sobre essas notas fiscais, a empresa agiu deliberadamente com o objetivo de inserir créditos inexistentes do PIS e da COFINS, na sua escrituração fiscal e contábil e nas declarações encaminhadas a RFB (DAF's e DCTF's) com a finalidade de confundir, impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária dessas informações. E para acobertar o ilícito praticado pelo desconto de crédito falso do PIS e da COFINS, emitia notas fiscais de devoluções falsas.

Em anexo às folhas nºs 16112 a 16118, apresentamos relação de notas fiscais de devolução utilizadas para abater crédito do PIS e da COFINS sem a comprovação da efetiva devolução dessas mercadorias.

Como são apresentados diversos argumentos pela defesa sobre os créditos de PIS e COFINS tomados sobre as vendas canceladas, faremos a análise de mérito em quatro partes (I, II, III, IV).

I) Primeiramente, o contribuinte afirma que a autoridade fiscal não analisou se as respectivas devoluções estavam comprovadas

nos livros de inventário de estoque que foram apresentados pela empresa.

Ao contrário do que afirma o contribuinte, o Auditor Fiscal consigna no seu relatório que o contribuinte não logrou comprovar as devoluções nos livros contábeis e no livro de controle e produção de estoque, conforme transcrição abaixo:

(...) Ainda, se fosse o caso da não regularização na data da efetiva operação, como declara o contribuinte, o mesmo não comprovou esse fato, por exemplo, os motivos da devolução, o acerto financeiro com o cliente que procedeu a devolução da mercadoria, o conhecimento de transporte, e a escrituração desses fatos nos livros contábeis e no livro de controle de produção e de estoque.

Ademais, entendo que a mera escrituração nos livros de inventário de estoque das supostas devoluções não é suficiente para comprovar o efetivo retorno das mercadorias ao estabelecimento da fiscalizada, conforme descrito no Relatório Fiscal, transcrito abaixo:

(...) Acrescenta-se a isso a não comprovação do efetivo retorno das mercadorias ao estabelecimento da fiscalizada mediante apresentação de documentação hábil e idônea, tais como: motivos da devolução das mercadorias, conhecimentos de transporte relativo à devolução da mercadoria, restituição do crédito pela devolução da mercadoria, etc.

II) Argumenta, ainda, que é inverídica e descabida a alegação da autoridade fiscal de que não existiam as operações correspondentes às notas fiscais relativas às devoluções e que foram relacionadas no campo de informações complementares das notas fiscais próprias emitidas pela empresa.

Neste aspecto, entendo que a alegação do contribuinte é genérica e desacompanhada de provas, motivo pelo qual não é suficiente para descaracterizar o trabalho desenvolvido pela autoridade fiscal, conforme trecho do Relatório Fiscal transcrito abaixo.

(...) Porém, na análise das notas fiscais de entradas emitidas pela fiscalizada, constatou-se que o número das notas fiscais de vendas anotadas no campo “Observações Complementares” das notas fiscais de entradas são insuficientes para confirmar/comprovar essas devoluções, pois as mesmas possuem valores diferentes das notas de devolução e constatou-se ainda que algumas notas fiscais de vendas relacionadas nessas notas fiscais de entradas indicadas como mercadorias devolvidas, foram emitidas em datas posteriores às da emissão das notas fiscais de devolução. Ora, essa é uma hipótese improvável de ocorrer: a devolução da mercadoria antes da venda.

A impugnante não apresentou, em sua impugnação, nenhum elemento de convicção capaz de demonstrar minimamente a efetividade das alegadas devoluções de vendas, limitando-se a apresentar documentos próprios (notas fiscais de entrada a título de devoluções de vendas) em que figura ao mesmo tempo como cliente e fornecedor, que sequer são capazes de vincular com segurança as respectivas notas fiscais de saída na medida em que os valores não convergem.

Diante das constatações acima, afigura-se razoável a conclusão, até prova em contrário, pela inexistência das devoluções.

III) A defesa alega que “a diferença entre o valor apresentado pela fiscalização nas notas fiscais nº 75167, nº 77543 e nº 83588 refletem um erro de digitação por parte da contabilidade da empresa, mas cumpre referir que este erro não se trata do valor, que

certamente está correto, mas sim do número das notas fiscais listadas, que devem ser outras com números semelhantes, por isso, também, o fato destas notas fiscais possuírem data posterior à data de emissão da nota fiscal própria de devolução. Mas a empresa, NUNCA foi intimada pela autoridade fiscal para apresentar justificativas para este erro, não tendo, portanto, oportunidade de defesa no curso da fiscalização, o que por si só, comprova que a atuação da fiscalização foi tendenciosa e preconcebida.”

Conforme relatado em item pretérito deste Voto, é pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência que o procedimento de fiscalização tem caráter inquisitório, nele não havendo que se falar em contraditório, sendo permitido, inclusive, à autoridade fiscal proceder ao lançamento sem prévia intimação do contribuinte.

Portanto, o fato de o Auditor Fiscal não haver, no curso da fiscalização intimado o contribuinte para esclarecer a divergência em questão não contamina de nulidade o procedimento, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa, plenamente exercida na presente impugnação, que nada traz de elementos novos que permitam atestar as alegadas devoluções.

IV) A impugnante também afirma que, com base nos documentos apresentados pela empresa no curso da fiscalização, acrescidos das informações disponíveis pela Escrituração Fiscal Digital, pelo convênio firmado com a SEFAZ-RS e pelas informações constantes no livro de inventário de estoque, a fiscalização tem acesso a todas as notas fiscais relacionadas nas notas fiscais de devolução e aos registros efetivos das devoluções em livros, servindo de prova contundente das efetivas devoluções das mercadorias.

Entendo que a escrituração contábil da empresa deve ser amparada por documentação comprobatória. Conforme especificado no Relatório Fiscal, transcrito abaixo, o

contribuinte não logrou êxito em comprovar o efetivo ingresso dessas mercadorias no estabelecimento da fiscalizada.

(...) Além da infração acima descrita, verificou-se outra prática delituosa tendente a reduzir o montante do tributo devido. Trata-se da emissão, pelo sujeito passivo, de notas fiscais de entradas relativas a devoluções de mercadorias sem a identificação da mercadoria, da NCM, da alíquota do IPI e do remetente da mercadoria. Isso já basta para tirar do contribuinte o direito ao crédito das contribuições já que não comprovou a origem dos valores consignados nas notas fiscais. Acrescenta-se a isso a não comprovação do efetivo retorno dessas mercadorias ao estabelecimento da fiscalizada mediante apresentação de documentação hábil e idônea, tais como: motivos da devolução das mercadorias, conhecimentos de transporte relativo à devolução da mercadoria, restituição do crédito pela devolução da mercadoria, etc.

Tal prática, portanto, consistia em abater créditos indevidos de contribuições sociais emitindo notas fiscais de devoluções de mercadorias. Essas devoluções não existiram ou não foram comprovadas, pois embora intimado e reintimado a comprovar o efetivo ingresso dessas mercadorias no estabelecimento da fiscalizada, a mesma não as comprovou.

Em se tratando de reconhecimento de direito creditório, cabe ao contribuinte o ônus da prova da origem do crédito pretendido. Neste sentido, cabe ao contribuinte comprovar que a operação de devolução de vendas efetivamente existiu e não ao Auditor Fiscal comprovar a sua inexistência.

Por todo o exposto, rejeito a argumentação da defesa em relação aos créditos decorrentes de vendas canceladas.

13) Em não havendo o reconhecimento da má-fé praticada pela empresa na tomada de créditos de PIS e COFINS, que seja excluída a multa de 150%, conforme item II.4 do mérito.

A impugnante alega que a qualificação da multa para aplicação do percentual de 150%, depende, não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não restou cabalmente comprovado o dolo por parte do contribuinte para fins tributários, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

Afirma, ainda, que fraude é, conforme disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64, uma conduta ilícita e intencional através do qual o agente, de má fé, disfarça a ocorrência do fato gerador através de conduta simulada com o intuito de reduzir, suprimir ou postergar o montante devido em função do fato jurídico acobertado. Afirma, ainda, o contribuinte que conforme

comprovado ao longo da presente impugnação, não houve dolo praticado pela impugnante, não podendo a autoridade fiscal considerar, a título de utilização de créditos fiscais, que a mesma tenha cometido fraude fiscal, até porque, a fraude pressupõe vontade livre e consciente. No entanto, longe fica a configurá-la, tal como disposto no referido auto de infração.

Em seguida, transcreve ementas que espelham o entendimento pacificado e defende que a infração que a autoridade fiscal imputa à impugnante, em realidade, resulta do preenchimento de informação considerada inconsistente pela fiscalização, que seria detectada automaticamente pelos sistemas informatizados da SRF.

Discordo do argumento da impugnante de que a infração seria detectada automaticamente pelos sistemas informatizados da SRF, pois não existe sistema informatizado na SRF capaz de constatar a ausência ou inconsistência dos documentos que embasariam a escrituração fiscal e o suposto direito creditório do contribuinte.

Ademais, entendo que restou caracterizada no Relatório Fiscal situação que se enquadra no disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64: conduta ilícita e intencional através do qual o agente, de má fé, disfarça a ocorrência do fato gerador através de conduta simulada com o intuito de reduzir, suprimir ou postergar o montante devido em função do fato jurídico acobertado, a saber:

Primeiramente, a existência de troca de correspondências da fiscalizada com a empresa de consultoria: Economia - Consultoria Tributária Ltda. – CNPJ nº 05.240.669/0001-74, cujo sócio é o Sr. Luis Adriano Vargas Buchor. Pela análise desses documentos constatou-se que as contribuições a recolher eram determinadas em parceria com essa consultoria e os honorários cobrados pela consultoria correspondiam a um percentual de (20,0%) sobre os tributos que a empresa deixava de recolher pela inserção de créditos indevidos (falsos) do IPI, do PIS e da COFINS, bem como do ICMS (doc. fls. 12324/12342).

Ressalte-se que tais documentos foram obtidos em mandado de busca e apreensão, com utilização neste processo mediante autorização judicial.

Destaque-se, ainda, que essa prática de reduzir o montante dos tributos devidos alcança também o período anterior ao fiscalizado. Neste caso, o sujeito passivo foi beneficiado pelos tributos não recolhidos em função da inserção de créditos falsos na sua escrituração fiscal e contábil e nas declarações encaminhadas à RFB por pertencer a período alcançado pelo instituto da decadência. Ressalte-se que o sujeito passivo não logrou êxito em comprovar a efetiva existência das operações geradoras de crédito no período fiscalizado, especialmente quando se trata da não apresentação dos documentos físicos,

cujo transporte necessitaria de “dois caminhões”, para confrontação dos valores lançados digitalmente.

Da mesma forma, o contribuinte não conseguiu comprovar os supostos créditos de contribuições sociais decorrentes da emissão de notas fiscais de devoluções de mercadorias, com destaque para o procedimento de emitir notas fiscais de devolução falsas, sem identificar a mercadoria devolvida e a classificação fiscal, com a finalidade de confundir, impedir ou retardar o conhecimento dessas informações por parte da autoridade fazendária.

Portanto, resta clara a intenção dolosa da empresa em se utilizar, de forma reiterada, de procedimentos para inserir informações falsas nas declarações encaminhadas à Receita Federal (DACON's e DCTF's) com o único propósito de evitar que a autoridade tributária tomasse conhecimento da totalidade das contribuições devidas, impedindo, retardando e dificultando a sua regular cobrança, motivo pelo qual entendo que é correta a aplicação da multa de 150%.

14) Haja o reconhecimento de que a empresa prestou todas as informações necessárias ao processo fiscalizatório, extirpando-se, assim, a majoração da multa de 50%, conforme item II.5 do mérito;

(omissis) [MATÉRIA NÃO OBJETO DE RECURSO DE VOLUNTÁRIO]

15) Seja reduzida a multa para o patamar de 20%, conforme item II.6 do mérito;

A impugnante alega que a recente orientação jurisprudencial do STF firmou o entendimento de que a multa fiscal aplicada a contribuinte em percentual acima de 20% não se mostra razoável, configurando na espécie o caráter confiscatório da penalidade pecuniária, vedado expressamente no art. 150, IV da CF/88. Acrescenta, ainda, que a vedação do confisco em matéria tributária representa nada mais que um impedimento ao Estado de se apropriar do patrimônio ou do rendimentos dos contribuintes, fixando assim tributos em patamares suportáveis que não prejudiquem o exercício da atividade profissional e a satisfação das necessidades vitais dos mesmos.

O contribuinte defende que não cabe sequer a incidência da multa de 75%, pois as contribuições de PIS e COFINS, e as informações que embasaram a glosa pela autoridade fiscal, foram declaradas pela empresa, ensejando, desta feita a incidência de multa moratória de 20%.

Primeiramente, devemos considerar que a mais abalizada doutrina revela que toda atividade da Administração Pública se passa na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de uma presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

Vale dizer que, inovado o sistema jurídico com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por resolução do Senado da República publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram, as normas inquinadas de inconstitucionais pela impugnante continuam válidas, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-las nem declarar sua inconstitucionalidade, sob pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda.

No curso da fiscalização foram constatadas irregularidades na apuração do crédito das contribuições sociais do PIS e da COFINS, cuja multa está prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual estipulou multas de ofício de 75%, pelo não recolhimento de tributo devido – ou pelo recolhimento em atraso - e de 150%, no caso de o não recolhimento ter ocorrido com fraude, conforme descrito no Relatório Fiscal, transcrito abaixo:

(...) por estarem presentes os pressupostos estabelecidos pela legislação que rege a matéria, cabe a aplicação da multa qualificada de 150%, e majorada em 50% por não atender as intimações, passando de 150% para 225%, ao comando do artigo 44, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Por outro lado, o fato de o contribuinte haver apresentado as declarações referentes às contribuições para o PIS e a COFINS espontaneamente não lhe assegura o direito de aplicação da multa meramente moratória, uma vez que com o início do procedimento fiscal, o contribuinte perdeu o direito à denúncia espontânea, sendo, portanto, cabível a multa de lançamento de ofício de 75%, qualificada no presente caso para 150% em face da caracterização do dolo.

Diante do exposto, rejeito o pedido da impugnante.

16) Seja possibilitado o pagamento do débito com desconto de 50% sobre a multa ou o parcelamento com 40% de desconto sobre a multa, mesmo após a apresentação da presente impugnação, conforme item II.7 do mérito;

A impugnante alega que o Auto de Infração ora impugnado prevê a concessão de redução de multa de 50% (cinquenta por cento) se o pagamento for realizado até o vencimento da intimação ou de 40% (quarenta por cento), caso seja requerido parcelamento do débito no prazo legal para impugnação.

O contribuinte entende que a vantagem financeira oferecida pela Receita Federal tem estreita relação com a total inexistência de contraditório e ampla defesa, direitos constitucionalmente

previstos ao contribuinte, motivo pelo qual requer a concessão dos descontos de 50% (para pagamento à vista) ou de 40% (para parcelamento), mesmo após a apresentação da presente impugnação.

Abaixo transcrevemos parcialmente o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, que disciplina a matéria.

DA COBRANÇA ADMINISTRATIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Seção I

Do Pagamento - Da Redução da Multa de Lançamento de Ofício

Art. 52. Será concedida redução de cinquenta por cento do valor da multa de lançamento de ofício ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento ou a compensação do crédito tributário no prazo previsto para apresentar impugnação (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28; Lei no 9.430, de 1996, art. 44, § 3o).

§ 1o Apresentada impugnação tempestivamente, a redução será de trinta por cento se o pagamento ou a compensação forem efetuados no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da decisão de primeira instância (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, inciso III, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28; Lei no 9.430, de 1996, art. 44, § 3o).

§ 2o No caso de provimento a recurso de ofício interposto pela autoridade julgadora de primeira instância, será aplicada a redução de trinta por cento se o pagamento ou a compensação for efetuado no prazo de trinta dias contados da ciência da decisão (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, § 1o, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28).

Seção II

Do Parcelamento - Da Redução da Multa de Lançamento de Ofício

Art. 53. Será concedida redução de quarenta por cento do valor da multa de lançamento de ofício, ao sujeito passivo que, notificado, requerer o parcelamento do crédito tributário no prazo previsto para apresentar impugnação (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, inciso II, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28; Lei no 9.430, de 1996, art. 44, § 3o).

§ 1o Apresentada impugnação tempestivamente, a redução será de vinte por cento se o parcelamento for requerido no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da decisão de primeira instância (Lei no 8.218, de 1991, art.

6o, inciso IV, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28; Lei no 9.430, de 1996, art. 44, § 3o).

§ 2o No caso de provimento a recurso de ofício interposto pela autoridade julgadora de primeira instância, será aplicada a redução de vinte por cento se o parcelamento for requerido no prazo de trinta dias contados da ciência da decisão (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, § 1o, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28).

§ 3o A rescisão do parcelamento, motivada pelo descumprimento das normas que o regulam, implicará restabelecimento do montante da multa proporcionalmente ao valor da receita não satisfeita e que exceder o valor obtido com a garantia apresentada (Lei no 8.218, de 1991, art. 6o, § 2o, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 28).

Como se verifica na legislação acima, as reduções de multa pretendidas pelo contribuinte só se admitem nas hipóteses de pagamento ou pedido de parcelamento do débito dentro do prazo de impugnação.

No presente caso, ao exercer o direito de impugnação, o contribuinte renunciou às pretendidas reduções de multa. Ressalve-se que, caso decida pelo pagamento ou parcelamento do presente lançamento no prazo para apresentação de Recurso Voluntário, as multas poderão ser reduzidas de 30% ou 20%, respectivamente, conforme expresse nos dispositivos acima transcritos.

MÉRITO de defesa dos SÓCIOS:

17) Seja julgada procedente a presente impugnação para afastar a responsabilidade solidária dos sócios ora impugnantes LUÍS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI, excluindo-os do pólo de sujeito passivo do crédito tributário exigido, bem como excluindo a imputação da multa qualificada e sua majoração no percentual total de 225% aos sócios ora impugnantes (fls. 16157/16172).

Os impugnantes alegam que, pelo comando do art. 135, inciso III, do CTN, para que os administradores sejam responsabilizados solidariamente pelo presente crédito tributário, a Autoridade Fiscal deveria comprovar que os sócios ou representantes da sociedade agiram com dolo, em verdadeiro excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A defesa acrescenta que, interpretando a expressão “infração de lei, contrato social ou estatutos”, expressa no mencionado artigo 135 do CTN, é pacífico que não é sempre que a pessoa física pode ser responsabilizada por débitos contraídos pela pessoa jurídica. Torna-se necessária a prova de que o administrador da pessoa jurídica tenha se beneficiado pessoalmente com a inadimplência ou tenha dissolvido irregularmente a sociedade,

para haver eventual caracterização de sua responsabilidade tributária.

A defesa afirma, ainda, que não restou comprovado que a obrigação tributária é resultante de atos praticados pelos sócios com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, motivo pelo qual merece ser julgada procedente a presente impugnação para afastar a responsabilidade solidária dos sócios ora impugnantes, excluindo-os do pólo de sujeito passivo do crédito tributário.

Em seguida, os impugnantes alegam que não há nos autos comprovação do dolo praticado pela empresa autuada, muito menos pelos sócios administradores, ora impugnantes. Não pode a Autoridade Fiscal considerar, a título de utilização de créditos fiscais de que a empresa, e sequer seus sócios, tenham cometido fraude fiscal, até porque, a fraude pressupõe vontade livre e consciente. No entanto, longe fica a configurá-la, tal como disposto no referido Auto de Infração, pois conforme disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64, Fraude é uma conduta ilícita e intencional através da qual o agente, de má fé, disfarça a ocorrência do fato gerador através de uma conduta simulada com o intuito de reduzir, suprimir ou postergar o montante devido em função do fato jurídico acobertado.

A defesa afirma que, no caso concreto, a infração que a Autoridade Fiscal imputa aos impugnantes, em realidade, resulta do preenchimento de informação considerada inconsistente pela fiscalização, que seria detectada automaticamente pelos sistemas informatizados da SRF.

Ao final, a defesa alega que, não tendo a Autoridade Fiscal demonstrado nos autos que a atuação dos sócios administradores estava revestida de dolo, utilizando-se de recursos que caracterizassem evidente intuito de fraude, não cabe a aplicação da multa qualificada aos sócios administradores ora impugnantes.

Transcrevemos abaixo trecho do Relatório Fiscal sobre a Responsabilidade Tributária, fls. 16136:

De acordo com os sistemas informatizados da RFB, e alterações contratuais apresentadas, LUIS CARLOS POSTAL, (CPF 498.608.870-04), e JOSÉ PASQUALINI, (CPF 328.331.050-53), eram os administradores da pessoa jurídica no período fiscalizado, sendo, portanto, diretamente responsáveis para que a legislação tributária fosse infringida quando da reiterada prática dolosa de apurar e informar nos DACON's (doc. fls. 9625/11185) e nas DCTF's (doc.

fls. 11186/11989) da empresa tributo inferior ao efetivamente devido por meio da utilização de artifícios ardilosos, com o evidente intuito de fraude e sonegação.

Além de emitir notas fiscais com informações falsas e utilização das mesmas para abater créditos de contribuições devidas sobre o faturamento e lançá-las na sua escrituração fiscal e contábil.

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Assim sendo, lavramos Termo de Sujeição Passiva Solidária para os administradores pelos débitos apurados objeto deste lançamento de ofício com aplicação da multa qualificada e majorada de 225%, com base no art. 135, III do CTN.

Conforme texto acima transcrito, a autoridade fiscal é expressa em afirmar que os Srs. LUIS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI eram sócios gerentes da empresa autuada na época dos fatos geradores e que esta praticou atos dolosos com infração da lei, subsumindo-se esse fato à previsão de responsabilidade solidária de que trata o Art. 135, inciso III, do CTN. Logo, não há que se falar em ausência de motivação da responsabilização solidária.

Por outro lado, em sua impugnação, a defesa não contesta o fato de que os Srs. LUIS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI eram os sócios gerentes da empresa na época dos fatos. Portanto, considerando que houve a infração tributária dolosa, conforme a análise já efetuada no item 13 do presente Voto, cabível foi a responsabilização solidária dos sócios.

Discordo do argumento da impugnante de que a infração seria detectada automaticamente pelos sistemas informatizados da SRF, pois não existe sistema informatizado na SRF capaz de constatar a ausência ou inconsistência dos documentos que embasariam a escrituração fiscal e o suposto direito creditório do contribuinte.

(omissis) [MATÉRIA NÃO OBJETO DE RECURSO DE VOLUNTÁRIO]

Diante do exposto, cabe a responsabilização tributária dos sócios com aplicação da multa qualificada de 150%. (omissis) [MATÉRIA NÃO OBJETO DE RECURSO DE VOLUNTÁRIO]

18) Ao final, a defesa REQUER, caso a autoridade fazendária entenda necessário, a juntada dos documentos originais, cujas cópias seguem em anexo, ou outros

documentos não juntados, devendo o contribuinte ser intimado para tanto; e PROTESTA desde já pela produção de todo o gênero de provas em direito admitidas.

No tocante ao protesto da impugnante por todos os meios de prova, cabe dizer que a Lei nº 9.784/99 regula as normas básicas do processo administrativo no âmbito da Administração Federal.

Por sua vez, o processo administrativo fiscal federal é regido pelas regras específicas constantes do Decreto 70.235/72, cujos art.15 e 16, a seguir reproduzidos, regulam a impugnação ao lançamento:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

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;

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.

(...)

§ 4.º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(Acrescido pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997)

§ 5.º. 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.

(Acrescido pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997)

§ 6.º. 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. (Acrescido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)

Portanto, a apresentação superveniente de provas é admitida nas hipóteses previstas no § 4º, acima reproduzido, mediante requerimento elaborado na forma prevista no §5º.

No caso presente, a empresa não demonstrou a ocorrência de nenhuma das situações elencadas no citado dispositivo, limitando-se a afirmar de forma genérica seu protesto pela produção de provas, de modo que a impugnante não cumpriu as disposições legais para que sejam apreciadas eventuais provas e documentos ainda não apresentados.

CONCLUSÃO

Finalizando, por todo o exposto, voto no seguinte sentido:

1) não acolher as preliminares de nulidade suscitadas pela empresa e pelos sócios;

2) No mérito:

a. MANTER PARCIALMENTE os lançamentos decorrentes, relativos à Contribuição para o Programa de Integração Social –PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos termos constituídos nos autos de infração, (omissis) [MATÉRIA NÃO OBJETO DE RECURSO DE VOLUNTÁRIO]

b. RATIFICAR o Termo de Sujeição Passiva Solidária para os administradores LUÍS CARLOS POSTAL e JOSÉ PASQUALINI, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN.

É o voto.

Pelo exposto, voto por ACOLHER os Embargos de Declaração SEM EFEITOS INFRINGENTES apenas para excluir, do voto e da ementa proferidos em sede de julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, as menções à exclusão da multa majorada em 50%, efetuada pela DRJ, e que não foi objeto de recurso voluntário.

Nesse ponto, esclareço que qualquer menção à referida exclusão constante da transcrição do voto proferido pela DRJ - efetuada com fundamento no § 3º do art 57 do RICARF - é mantida apenas para fins de coerência textual, sem que tenha qualquer impacto no resultado final do julgamento.

É como voto.

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário

Processo nº 11020.721494/2014-51
Acórdão n.º **3201-003.920**

S3-C2T1
Fl. 19.789
