



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 11516.000133/2012-34
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.599 – 1ª Turma
Sessão de 15 de março de 2017
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrentes CÍRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

RECURSOS NÃO CONHECIDOS. JULGAMENTO JÁ CONCLUÍDO EM OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DUPLICIDADE.

Não devem ser conhecidos recursos já definitivamente julgados nos autos de outro processo administrativo, remetidos a novo julgamento por engano. Ordem judicial para o julgamento do recurso do contribuinte já cumprida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer dos Recursos Especiais do Contribuinte e da Fazenda Nacional.

(assinatura digital)

Carlos Alberto Freitas Barreto, Presidente.

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto, Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN”) e por CÍRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA. (doravante “CÍRIO”, ou “contribuinte”), em face do acórdão nº 105-16.397 (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”), proferido pela 5ª Câmara do extinto 1º Conselho de Contribuintes (doravante “Turma *a quo*”).

Foi lavrado AIIM para exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes aos anos-calendário de 1999 a 2003, que teriam sido omitidos nas declarações do contribuinte, além de multa de ofício agravada (225%) e juros de mora.

Ao analisar a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, a DRJ/SC a julgou parcialmente procedente em relação ao lançamento de IRPJ e CSLL, para fins de manter apenas as parcelas relativas ao ano-calendário de 2003, e procedente no que concerne aos lançamentos de PIS e COFINS (**e-fls. 659 e seg.**),. A decisão restou assim ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MATÉRIA PROCEDIMENTAL. RETROATIVIDADE – Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. HIPÓTESE - As informações referentes à movimentação bancária do contribuinte, podem ser obtidas pelo fisco junto às instituições financeiras, no âmbito de procedimento de fiscalização em curso, quando ocorrer embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF). AUSÊNCIA DO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO – Verificando-se dos autos que a RMF foi emitida nas situações previstas na legislação e foi expedida por agente competente, não há que se falar em nulidade do procedimento ainda que não conste um relatório circunstanciando a hipótese de indispensabilidade da RMF.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO - As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE. MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. INCOMPETÊNCIA DAS — INSTÂNCIAS

ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO – A apreciação de arguições de ilegalidade de mandado judicial extrapola a esfera de competência do juízo administrativo, ante à supremacia das decisões judiciais sobre as decisões proferidas em processo administrativo.

ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS. MANDADO JUDICIAL. LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO - É legítimo o lançamento decorrente de procedimento de fiscalização em que são utilizadas provas obtidas a partir de execução de Mandado de Busca e Apreensão, expedido por autoridade judicial.

AÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCARACTERIZAÇÃO - Além de a ação fiscal estar predominantemente submetida ao princípio inquisitório, ainda mais descaracterizado fica o cerceamento do direito de defesa nos procedimentos *ex officio*, quando resta demonstrado que os levantamentos fiscais limitaram-se aos arquivos do próprio contribuinte.

MATÉRIA DE FATO. COMPROVAÇÃO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO – A comprovação material é passível de ser produzida não apenas a partir de uma prova única, concludente por si só, mas também como resultado de um conjunto de indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a inequivocidade de uma dada situação de fato. Nestes casos, a comprovação é deduzida como consequência lógica destes vários elementos de prova, não confundindo com as hipóteses de presunção.

RECEITA OMITIDA. CARACTERIZAÇÃO Provado nos autos que os arquivos magnéticos apreendidos registram receitas efetivamente auferidas pela pessoa jurídica, em montante superior aos valores declarados espontaneamente, resta configurada a existência de receita subtraída ao crivo da tributação.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS E COFINS - Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

Ementa: ARBITRAMENTO DE LUCROS. INEXISTÊNCIA OU NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL. CABIMENTO. A inexistência ou a não apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais impõe o arbitramento do lucro da pessoa jurídica.

RECEITA BRUTA. CONCEITO - A receita bruta, como definida pelo art. 279 do RIR/99, denota conceito de ingressos de numerários de forma permanente (produto das vendas/prestação de serviços), inaplicando-se, em sua composição, as demais receitas transitórias ou incertas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2002

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO POR FRAUDE. APLICABILIDADE - É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. APLICABILIDADE - Acarreta o agravamento da multa de ofício a falta de apresentação dos arquivos ou sistemas previstos o art. 265 do RIR/99, ou da documentação técnica de que trata o art. 267 do RIR/99.

PRAZO DECADENCIAL - O direito de a Fazenda Pública apurar e constituir seus créditos relativos ao PIS e à Cofins extingue-se após dez anos, contados

do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Lançamento Procedente em Parte

O Presidente da 3ª Turma de Julgamento da DRF/Florianópolis/SC interpôs recurso relativamente aos lançamentos julgados improcedentes, ou seja, a tributação de IRPJ e CSLL na forma de lucro real e lucro líquido nos anos-base de 1999, 2000, 2001 e 2002.

Cientificado da decisão, o contribuinte opôs embargos declaratórios, os quais tiveram conhecimento negado por meio de despacho emitido em 21/09/05 (**e-fls. 766 e seg.**). Ato contínuo, o contribuinte interpôs seu recurso voluntário versando sobre a tributação, no ano calendário de 2003, com base no lucro arbitrado (IRPJ/CSLL) e tributação da COFINS e do PIS/FATURAMENTO, nos anos-calendário de 1999 a 2003, com base na receita bruta adicional apurada nos valores registrados nas planilhas auxiliares dos arquivos magnéticos apreendidos pelo Departamento de Polícia Federal, em cumprimento a determinação da autoridade judicial (**e-fls. 773 e seg.**).

Ao julgar os aludidos recursos, a Turma *a quo* decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício; e, no que concerne ao voluntário, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade; por maioria de votos, afastar a tributação de PIS e da COFINS bases de cálculo referentes aos anos de 2002 e 2003; por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação ao IRPJ e CSLL e por maioria de votos, rejeitar as preliminares de decadência do PIS e COFINS, e manter a multa de 225%.

O acórdão recorrido, proferido no bojo do processo nº 11516.001989/2004-17 restou assim ementado (**e-fls. 944 e seg.**):

RECURSO DE OFICIO - IRPJ - CSLL - TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL - Se a fiscalizada afirma não possuir *a* escrituração contábil, não há como sustentar a tributação com base no lucro real, ainda que tenha apresentado a DIPJ naquela modalidade de apuração de resultados.

Recurso de ofício conhecido e improvido.

RECURSO VOLUNTÁRIO - PRELIMINAR - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO – Eventuais irregularidades constatadas na emissão de MPF, sua prorrogação ou sua execução não acarretam a nulidade do lançamento posto que o auditor fiscal da receita federal tenha competência legal para formalizar a exigência de crédito tributário. Os lançamentos reflexivos com base nos mesmos elementos de prova estão incluídos no procedimento de fiscalização independentemente de menção expressa no MPF (Art. 9º da Portaria SRF nº 1.265/99).

PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO – DOCUMENTÁRIO FISCAL E ARQUIVOS MAGNÉTICOS - O documentário fiscal e arquivos magnéticos encaminhados pelo Departamento de Polícia Federal constitui prova lícita para a formalização da exigência de créditos tributários. Não cabe a autoridade julgadora administrativa julgar a legalidade ou não dos mandados expedidos pela autoridade judicial para a ação dos policiais federais.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - Quando o sujeito passivo apresentou a DIPJ tributando os resultados apurados na modalidade de lucro arbitrado e diante da confissão expressa de que não tem escrituração contábil, é cabível o lançamento de ofício com base no lucro arbitrado.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - RECEITA BRUTA CONHECIDA - Inexistindo escrituração contábil, considera-se receita bruta conhecida, os resultados apurados nas operações de 'factoring' registrados nos arquivos magnéticos, como livros auxiliares.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - RECEITA DE JUROS E DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS - As receitas líquidas de aplicações financeiras e de juros, por força do disposto no artigo 536, do RIR/99, devem ser adicionadas ao lucro arbitrado para constituir a base de cálculo de IRPJ e CSLL.

COFINS - PIS/FATURAMENTO - LANÇAMENTO - BASE DE CÁLCULO - ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 1998 – INCONSTITUCIONALIDADE DECRETADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DECRETO Nº 2.346, DE 10/10/1997 - Face ao decidido pelo Tribunal Pleno Supremo Tribunal Federal decretando a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, não pode subsistir o lançamento da COFINS e do PIS/FATURAMENTO incidente sobre receitas financeiras.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA – No lançamento de ofício, quando o contribuinte além de sonegar informações para a fiscalização utiliza de meios para dificultar o conhecimento da autoridade tributária da ocorrência dos fatos geradores, justificam a aplicação da multa de 225%.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: Mantida a multa qualificada o início da contagem do prazo decadencial desloca-se do fato gerador (art. 150 § 4º do CTN) para o primeiro dia do exercício seguinte àquele no qual o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173-1 do CTN).

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - A cobrança de juros moratórios sobre débitos de tributos e contribuições pela taxa Selic está consoante com a legislação tributária vigente e consagrada pela jurisprudência administrativa. Recurso voluntário conhecido e parcialmente provido.

A PFN interpôs recurso especial (**e-fls. 994 e seg.**), com fulcro no art. 7º, I do RICSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (contrariedade à lei ou à evidência de prova), aduzindo que a questão posta nos autos teria violado o quanto estabelecido no art. 195, I, “b”, da Constituição Federal e o art. 3º, §1º, da Lei 9.718/98, bem como as provas constantes dos autos.

Em 26/05/2008, foi proferido despacho dando seguimento ao recurso especial da PFN (**e-fls. 1.011 e segs.**).

Para demonstrar a aludida contrariedade, a PFN traz suas razões, a seguir resumidas:

- estaria equivocado o entendimento da Turma *a quo* de que, a vista do que dispõe o art. 530, inciso I, do RIR/99, a fiscalização deveria ter arbitrado o lucro para os anos-calendário de 1999 a 2002, uma vez que a legislação e a jurisprudência que regem a matéria manifestam-se no sentido de que, antes da adoção do arbitramento, deveriam ser verificadas a ausência de qualquer possibilidade de se apurar o lucro real, procedimento que teria sido adotado pela fiscalização;

- afirma que não haveria razão para arbitramento do lucro, uma vez que “os arquivos magnéticos eram consistentes e correspondiam à realidade das operações efetuadas pela autuada, e ainda que tais documentos eram hábeis à apuração do lucro real e do lucro líquido da empresa”;

- que os arquivos denominados "LUCPRE99.xls", "LUCPRE00.xls", "LUCPRE01.xls", "LUCPRE2002.xls", conteriam planilhas com as receitas mensais por Banco (Banco do Brasil e BCN) com os respectivos cálculos do imposto de renda e das contribuições para o PIS e COFINS, relativos aos anos-calendário de 1999 a 2002, e que esses valores teriam sido confrontados com os aqueles informados nas DIPJs do contribuinte e também nas planilhas "Informações Prestadas à SRF", sendo verificado que a fiscalizada declarou e pagou imposto e contribuições basicamente sobre o valor das receitas demonstradas nas planilhas denominadas Banco BCN, cujo valor representaria menos da metade das receitas auferidas. Aduz que tal fato, somente vem a corroborar a circunstância de que a contribuinte utilizava-se dos valores contidos nas mencionadas planilhas para fins de apuração do seu lucro, só que de forma parcial, ou seja, a contribuinte omitia as receitas que transitavam pela conta bancária mantida junto ao Banco do Brasil;

- aduz que o acórdão *a quo* também deveria ser reformado na parte que determinou a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas registradas como "Receita Financeira Omitida" nos meses dos anos de 2002 e 2003, sob o argumento de que o §1º, do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF mediante controle difuso, e que diante da inexistência de Resolução do Senado que suspendesse a execução da referida norma do ordenamento jurídico (art. 52, X, da CF/88), haveria presunção de conformidade do mencionado dispositivo com a Constituição.

- e que, além da questão da presunção de constitucionalidade, as alterações produzidas na legislação da COFINS e do PIS pela Lei n.º 9.718/98 seriam constitucionais, uma vez que: "conceito de receita bruta há muito é considerado pela jurisprudência como equivalente ao conceito de faturamento, não tendo a EC nº 20/98, neste ponto, introduzido mudança significativa, senão no sentido de explicitar a identidade entre os dois conceitos, o que já derivava implicitamente, da redação original do art. 195, I, da CF/88." e que "a Lei 9.718/98 só produziu efeitos, no que tange às mudanças na base de cálculo e na alíquota da COFINS e do PIS, em relação a fatos geradores ocorridos após a vigência da EC nº 20/98;"

Em suas contrarrazões, aduz o contribuinte (**e-fls. 1.228 e seg.**):

- em caráter preliminar, que o recurso da PFN cumpriria o requisito da decisão vergastada não ser unânime, mas não demonstraria a contrariedade à lei ou evidência de prova, uma vez que a questão da qualidade e consistência das informações contidas nas planilhas apreendidas não teriam sequer sido questionadas pela DRJ. Para corroborar, afirma que a CSRF já teria se deparado com situações similares e decidido pelo não conhecimento do Recurso Especial (ex vi do Acórdão CSRF/04-00.222);

- em análise ao corpo do recurso, aponta ausência de interesse de recorrer da Fazenda no tocante a defesa da prova constituída nos autos; aduz que não há conexão lógica entre a peça recursal e a decisão recorrida;

- quanto a hipótese de desrespeito a lei, afirma que a PFN não teria apontado expressamente o dispositivo que teria sido violado, que teria feito apenas menção à “legislação e à jurisprudência que regem a matéria”. Para corroborar, afirma que são vastas e uniformes as decisões da CSRF em negar seguimento a recursos que deixam de indicar a lei e prova violadas (ex vi do Acórdão CSRF/01-04.713 e Acórdão CSRF/02-02.291);
- no mérito, que o art. 530 do RIR/99 seria expresso e impositivo no sentido de que o agente fiscal não teria liberdade para aplicação do arbitramento, que o próprio art. 142 do CTN determinaria a característica do lançamento como ato administrativo vinculado, de modo que não caberia ao fiscal optar pela forma da tributação mais gravosa, mas pela determinada em lei;
- que o levantamento apenas das receitas não seria suficiente para apuração do lucro real, do modo que seria também necessário o cotejo de despesas, nos termos dos arts. 278 a 280 do RIR/99. Para corroborar, cita jurisprudência do CARF neste sentido;
- afirma que não haveria reparos a serem feitos na decisão recorrida, que excluiu a base de cálculo das contribuições sociais e receitas não operacionais, com base em reiterados julgados do STF quanto a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98; que o Parecer PGFN/CRF n. 439/96 autorizaria as autoridades julgadoras do contencioso administrativo a seguirem as orientações relativas à inconstitucionalidade das leis, fixadas no âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido aduz que estaria caracterizado pelo acórdão recorrido que os precedentes uniformes do Tribunal Pleno (RE 390.840/MG) e de outras turmas do STF, todos citados no voto vencedor, haviam norteado a decisão pela referida exclusão.
- que os agentes fiscais teriam incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS as receitas financeiras do contribuinte, desrespeitando o conceito de faturamento para fins de tributação e levando ao cancelamento em parte do lançamento fiscal. Afirma que a ilegalidade residiria, justamente, na tentativa do art. 3º da Lei 9.718/98 de ampliar o conceito de faturamento, equiparando à “receita bruta”. Afirma que tratam-se de conceitos contábeis distintos, conforme explicitado pelo STF no julgamento da ADI nº 1-1/DF, ou seja, receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços.

Em 09/10/2008, o contribuinte interpôs Recurso Especial (**e-fls. 1.031 e seg.**), alegando que a decisão deu a lei tributária interpretação divergente da que lhe foi dada por outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, em relação às seguintes matérias: **1)** impossibilidade de manutenção dos lançamentos reflexos diante do cancelamento do IRPJ para os anos de 1999 a 2002; **2)** Inexistência de MPF para a exigência autônoma de PIS e COFINS; **3)** Ilicitude da prova; **3.1)** da competência do órgão administrativo para análise da legitimidade e litude da prova sob o enfoque da legislação processual e da Constituição Federal; **3.2)** da inexistência de prévia autorização judicial para a análise dos meios eletrônicos pela fiscalização; **3.3)** da ausência de lacre nos materiais apreendidos; **3.4)** da realização de perícia sem a presença ou o conhecimento do Contribuinte; **3.5)** da insegurança jurídica da prova consubstanciada em planilhas de computador; **4)** Agravamento da multa; **4.1)** da aplicação do artigo 112 do CTN; **4.2)** da inaplicabilidade da multa agravada em virtude da

obtenção dos arquivos de controle operacional de títulos e da ausência de prejuízo à fiscalização; **4.3)** da impossibilidade de agravamento da multa pela inexistência de documentos a serem disponibilizados; **5)** Qualificação da multa.

Realizado o exame de admissibilidade em 11/04/2011, o Presidente da 3ª Câmara negou seguimento ao recurso especial por entender que não foram atendidos os pressupostos necessários para sua admissibilidade à Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, diante da indicação de acórdãos paradigmas que não refletiriam divergência jurisprudencial e, por via de consequência, não se prestariam à comprovação da divergência de tese em relação àquela adotada o acórdão recorrido. (**fls. 1.255 e seg. do e-processo**). A decisão foi mantida em sede de reexame de admissibilidade (**fls. 1.272 e seg. do e-processo**).

O contribuinte impetrou o **mandado de segurança nº 005466597.2011.401.3400**, em face do despacho do i. Presidente da CSRF que manteve a decisão do presidente da 3ª Câmara desta 1ª Seção do CARF, que havia negado seguimento ao recurso especial interposto em face do **acórdão nº 105-16.397**. A respectiva sentença acolheu parcialmente o pedido e concedeu a segurança determinando a apreciação do recurso especial interposto no processo n. 11516.001989/2004-17 quanto à divergência no que se refere “*à realização de perícia sem a presença ou o conhecimento da Contribuinte bem como a insegurança jurídica da prova consubstanciada em planilhas de computador*”. (**e-fls. 1.623 a 1.627**).

Em atenção à decisão, em 07/07/2014, foi emitido despacho propondo o encaminhamento do processo a CSRF para a apreciação do recurso especial do sujeito passivo, nos aspectos determinados pela autoridade judicial, juntamente com o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, que havia sido anteriormente admitido. Nesse despacho constou o número do processo administrativo pertinente como 11516.001989/2004-17 (**e-fls. 1.640 e seg.**).

Note-se que, originalmente, a presente discussão se instaurou no bojo do processo n. 11516.001989/2004-17. Contudo, houve desmembramento e parte dos débitos foi transferida para o processo nº 11516.000133/2012-34 (**e-fls. 1.295 e seg.**), para inscrição em dívida ativa, que corresponde ao processo ora em análise.

Em 25/03/2015, foi proferido para re-ratificar o Despacho nº 88/2014, de 07/07/2014 (**e-fls. 1640/1641**), bem como determinar o encaminhamento do presente à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para a ciência da admissão parcial do recurso especial do sujeito passivo, nos termos determinado pela r. sentença judicial proferida no âmbito do TRF/1a. Região (**fls. 1623/1627**), para, querendo, apresentar contrarrazões, nos termos do art. 70 do anexo II do RICARF. Nesse despacho constou, então, o número do processo administrativo como 1516.000133/2012-34 (**e-fls. 1.646**).

Cientificada da admissão do recurso especial do contribuinte, a PFN apresentou suas contrarrazões (**e-fls. 1.649 e seg.**), aduzindo, em síntese:

- quanto ao primeiro tema admitido “realização de perícia sem a presença ou o conhecimento da contribuinte”, que nulidade apontada pelo contribuinte não existe, uma vez que os termos do dispositivo constitucional (art. 5º, LV) o contraditório e a ampla defesa seriam assegurados aos “litigantes”, e no caso dos autos “o exame dos arquivos foi realizada antes da instauração da fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal que, como se sabe, é instaurada com a impugnação do sujeito passivo à exigência fiscal (Decreto nº 70.235/72,

Art. 14). Antes da fase litigiosa, ou seja, na fase inquisitiva, não há que se falar em contraditório e ampla defesa, pois esta é composta de diligências unilaterais da Fiscalização para a apuração de eventual crédito tributário.”

- que o art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72 determina que “A impugnação mencionará: [...] 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.”, mas que em momento algum se teria negado ao contribuinte a possibilidade de requerer e participar da realização da perícia, contanto que esta fosse efetivada na fase litigiosa do processo fiscal. Segundo ele o contribuinte deveria ter indicado os elementos falsos ou inexatos nos documentos e requerer a perícia para comprovar a falsidade ou inexatidão, e não simplesmente alegar, de forma genérica, a nulidade da prova por violação à ampla defesa e contraditório.

- que consubstanciaria princípio geral da prova que *não há nulidade sem prejuízo* (art. 60, Decreto nº 70.235/72), sendo que o contribuinte não teria indicado tal prejuízo, motivo pelo qual não se poderia acatar a sua alegação de nulidade.

- em relação à “insegurança jurídica da prova”, aduz que a defesa do contribuinte foi genérica, e para rebatê-las, se vale dos argumentos das DRJ, que em breve resumo, buscaram retratar a *suficiente credibilidade* das planilhas de computador obtidas pela fiscalização para fins de realizar o cálculo do tributo devido.

Em 31/03/2016, a PFN apresentou petição noticiando que a CSRF já teria julgado o recurso especial do contribuinte, em cumprimento à referida ordem judicial no mandado de segurança nº 005466597.2011.401.3400, **no bojo do processo nº 11516.001989/2004-17**, em que lhe foi negado provimento. Requereu a procuradoria, então, “o cancelamento do segundo despacho de admissibilidade do recurso especial, proferido nos presentes autos, com a consequente remessa destes à Receita Federal, para que prossiga na execução dos débitos.”

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto

Compulsando o sítio eletrônico do CARF, é possível constatar que o Recurso Especial do contribuinte já foi efetivamente julgado por esta CSRF em sessão de 11.11.2014, no autos do processo n. 11516.001989/2004-17. Na oportunidade, os membros do colegiado decidiram, por maioria dos votos, negar provimento ao aludido recurso. O acórdão n. 9101-002.051 restou assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
EXERCÍCIO: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003
EMENTA: ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE. MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO. A apreciação de argüições de ilegalidade de mandado judicial extrapola a esfera de competência do juízo administrativo, ante a supremacia das decisões

judiciais sobre as decisões proferidas em processo administrativo. LICITUDE DE PROVAS. São lícitas as provas obtidas por meio de ação fiscal sob o manto de ordem judicial. A auditoria efetuada após a apreensão de efeitos fiscais, lacrados à época da apreensão, independe da presença do contribuinte autuado quando da sua deslacratura para efeito de se proceder à auditoria fiscal, não ficando essas provas inquinadas de ilegalidade, mormente quando apreendidas anteriormente pela Polícia Federal sob ordem judicial. LICITUDE DA AUDITORIA. A realização da auditoria tributária a partir de efeitos fiscais sem a presença do Contribuinte não a inquina de nulidade. Não há que se alegar insegurança jurídica da prova produzida pela fiscalização consubstanciada em planilhas de computador, quando elaboradas a partir de dados obtidos em documentação do próprio contribuinte, cabendo ao contribuinte contrapor seus cálculos aos levantados pelo Fisco Recurso Especial do Contribuinte Negado.

A ordem judicial emanada do mandado de segurança n. 005466597.2011.401.3400, portanto, já foi cumprida.

Em 11.11.2014, o conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão opôs Embargos de Declaração em face do referido acórdão, para que fosse julgado o recurso especial interposto pela PFN, tendo em vista que a decisão embargada teria se restringido ao julgamento do recurso especial do contribuinte, embora o recurso também fazendário tivesse sua admissibilidade reconhecida.

Diante disso, em 18.01.2016, os embargos de declaração foram conhecidos e providos com efeitos infringente, a fim de dar provimento ao pedido da PFN em seu recurso especial (acórdão n. 9101-002.163). A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO. Acolhem-se Embargos de Declaração visando a complementar acórdão embargado que tenha decidido somente em relação ao recurso especial do Contribuinte, sem se pronunciar sobre o recurso especial da Fazenda Nacional, cuja admissibilidade havia sido reconhecida, mas que não foi objeto de análise pelo Relator, afinal vencido. RECURSO ESPECIAL. ART. 7º, INCISO I, DO RI/CSRF APROVADO PELA PORTARIA MF Nº 147, DE 2007. CONHECIMENTO. Conhece-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RI/CSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007, quando se tratar de decisão não-unânime de Câmara relativamente às matérias recorridas, tendo sido, ainda, apontadas, no recurso especial, tanto a legislação, quanto as provas tidas como contrariadas pelo acórdão recorrido, devidamente acompanhadas da fundamentação pertinente. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002 LUCRO REAL. MANUTENÇÃO DA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. Admite-se a manutenção da forma de tributação com base no lucro real quando, além de a fiscalizada estar legalmente obrigada a esse regime de tributação e ter apresentado as DIPJs nessa modalidade de apuração, são apreendidos arquivos eletrônicos com planilhas contendo as receitas mensais e respectivos cálculos do imposto de renda e das contribuições

sociais, os quais serviram para o preenchimento daquelas DIPJs, na parte em que pretendeu a fiscalizada pagar os respectivos tributos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002 LUCRO REAL. MANUTENÇÃO DA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL. ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Ano-calendário: 2002, 2003 LEI Nº 9.718, DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE. A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998 não alcança as empresas que possuem, entre suas atividades principais, o auferimento de receitas financeiras.

Nesse cenário, voto por NÃO CONHECER os recursos especiais no bojo deste processo administrativo, tendo em vista que já foram definitivamente julgados nos autos do processo n. 11516.001989/2004-17, com a consequente remessa destes autos à Receita Federal, para que prossiga com a execução dos débitos.

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto