



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

Processo n° 13555.000116/2011-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.119 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria NULIDADE
Recorrente ANDREIA ALANO CARCAVILLA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em lei com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF nº 02.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. A redução sistemática de vultosas receitas na transposição de valores escriturados para as declarações entregues, sem qualquer justificativa plausível, evidencia o intuito de fraude. A apresentação de livros e documentos fiscais, durante a fiscalização, não implica a inexistência de dolo, tampouco elide a prática dolosa anterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade (presidente em exercício), Márcio Rodrigo Frizzo, Cristiane Silva Costa, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alberto Pinto Souza Júnior e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 1ª Turma da DRJ/SDR, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, por afastar a preliminar de nulidade, e, no mérito, considerar procedente em parte a impugnação apresentada, para: no **IRPJ**, manter o valor original no montante de **R\$ 192.036,96** (cento e noventa e dois mil, trinta e seis reais e noventa e seis centavos) e exonerar o valor original no montante de **R\$ 63.625,11** (sessenta e três mil, seiscentos e vinte e cinco reais e onze centavos); na **CSLL**, manter o valor original no montante de **R\$ 79.567,72** (setenta e nove mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta e dois centavos) e exonerar o valor original no montante de **R\$ 23.820,05** (vinte e três mil, oitocentos e vinte reais e cinco centavos); na **COFINS**, manter o valor original no montante de **R\$ 67.059,97** (sessenta e sete mil, cinquenta e nove reais e noventa e sete centavos) e exonerar o valor original no montante de **R\$ 23.228,40** (vinte e três mil, duzentos e vinte e oito reais e quarenta centavos); e no **PIS**, manter o valor original no montante de **R\$ 14.529,66** (quatorze mil, quinhentos e vinte e nove reais e sessenta e seis centavos) e exonerar o valor original no montante de **R\$ 5.003,68** (cinco mil, três reais e sessenta e oito centavos), juntamente com acréscimos legais correspondentes, **devendo os órgãos encarregados da cobrança, alocar ao crédito tributário objeto do presente auto de infração**, os pagamentos efetuados tempestivamente e de forma espontânea e não declarados em DCTF, **mantendo-se as multas qualificadas de 150% e acréscimos correspondentes, exonerando suas bases de cálculo dos referidos pagamentos**, nos termos do relatório e do voto que integram o julgado.

O julgamento restou assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Incabível a arguição de nulidade dos Autos de Infração, quando se verifica que foram lavrados por pessoa competente para fazê-lo, e em consonância com a legislação vigente, de tal forma que permitiu à Contribuinte impugná-lo em sua inteireza, demonstrando conhecer plenamente a matéria que lhe deu causa.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESFERA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA.

Descabe a arguição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar obrigação tributária regularmente constituída, por transbordar os limites de competência desta esfera, o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008

*CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS**CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**LANÇAMENTO. BASE DE CÁLCULO. FATOS GERADORES.*

Cabível o lançamento realizado, tendo como base de cálculo o saldo de tributo a pagar apurado pelo confronto entre os valores das receitas tributáveis informadas em DIRF e aqueles objetos de confissão de dívida, via "DCTF", uma vez que foram demonstrados os correspondentes fatos geradores.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

Verificado pelo agente fiscal que a contribuinte incorreu em uma conduta dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, é obrigatória a aplicação da penalidade qualificada, nos termos da lei.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata-se dos autos de infração, de fls. 03 a 40, lavrados em 23/05/2011, relativos ao ano-calendário de 2008, que pretendem a cobrança, respectivamente: do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 255.230,89 (duzentos e cinquenta e cinco mil, duzentos e trinta reais e oitenta e nove centavos); da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de R\$ 103.387,77 (cento e três mil, trezentos e oitenta e sete reais e setenta e sete centavos); do Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$ 19.533,34 (dezenove mil, quinhentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos); e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor de R\$ 90.288,37 (noventa mil, duzentos e oitenta e oito reais e trinta e sete centavos), juntamente com os acréscimos legais correspondentes, inclusive a multa qualificada de 150%.

Conforme a descrição dos fatos, durante o procedimento de fiscalização a autoridade fiscal efetuou os lançamentos supracitados, pois constatou que a Contribuinte, optante pela tributação na forma de Lucro presumido, omitiu receitas da atividade (outras atividades de serviços financeiros não especificados), conforme "Relatório de auditoria fiscal", de fls. 158 a 161, que é parte integrante do presente auto de infração, do qual apresento síntese, como segue:

O Mandado de Procedimento Fiscal(MPF) mencionado na introdução do presente Relatório, foi formalizado para procedimento de fiscalização na supracitada pessoa jurídica (Andreia Alano Carcavilla-CNPJ n° 07.507.887/000158,) em razão de Determinação Interna da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Itabuna-Ba baseado em confronto de valores de Rendimentos Tributáveis Recebidos de Pessoas Jurídicas declarados com os

valores dos Rendimentos informados por fontes pagadoras em Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) - Ver folhas 1/3 a 3/3, ANEXO II - Demonstrativo Consolidado dos Rendimentos e do IRRF informados pelas fontes pagadoras e respectivos valores distribuídos de acordo Lei nº 10.833/2003 e artigo 647 do Decreto 3.000/1999 e Consulta Única beneficiário de declarantes e o informado a Secretaria da Receita Federal do Brasil através das DCTFs - 1º e 2º semestres e da DIPJ 2009 - Lucro presumido que foram apresentadas zeradas como se movimento não tivesse ocorrido, o que implicava em indício de Omissão de Receita Operacional de R\$ 3.838.982,44.

O contribuinte em 02 de fevereiro de 2011, solicitou prorrogação de prazo para atendimento ao que foi solicitado no Termo de Início do Procedimento Fiscal no que foi atendido de imediato.

Em 21 de Março de 2011 foi formalizado Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal do qual o interessado tomou ciência em data de 29 de março de 2011.

O interessado apresentou parcialmente os elementos solicitados no Termo de Início do procedimento Fiscal.

Analisando os elementos apresentados pelo Sujeito Passivo(DIPJ retificada e retificadora, DCTFs, Livro Registro de ISS, etc.. e que acompanham o Processo objeto do Auto de Infração) e as informações constantes dos Sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, seguramente pode se afirmar que o Sujeito Passivo deliberadamente, efetivamente, não declarou os valores de Receita Bruta inerentes a comissões, corretagem, remuneração por serviços prestados a bancos diversos, conforme consta em DIRFs e parcialmente no livro acima citado em relação ao declarado nas Declarações: DCTFS(1º e 2º semestre) e DIPJ 2009 (Lucro Presumido).

O Sujeito Passivo em 23 de março de 2011, apresentou DIPJ 2009 retificadora, porém a mesma não foi levada em consideração para efeito de lançamento tendo em vista a exclusão da espontaneidade conforme letra "f" do Termo de Início do Procedimento Fiscal do qual o interessado tomou ciência em 27-01-2011.

A entrega de DIPJ 2009, ano calendário 2008 zerada, também entrega de DCTFs 1º e 2º semestres zeradas como se movimento não tivesse ocorrido, assim como o não pagamento dos tributos devidos por conta de serviços prestados, efetivamente devido ao fisco federal, configurou-se, por decorrência, crime contra a ordem tributária nos termos da Lei nº 8.137, de 1990, art. 1º, sem prejuízo do enquadramento da empresa em outras figuras penais cabíveis, a que também estão sujeitos os titulares ou sócios da pessoa jurídica (Lei nº 9.317, de 1996, arts. 2º, 9º e 22) e em consequência, em atendimento a Portaria SRF nº 326 de 15/03/2005 e Portaria RFB nº 665, de 24 de abril de 2008, foi formalizada a devida Representação Fiscal para Fins Penais

(processo nº 13555-000.116/2011-85) que acompanhará o Processo objeto do Auto de Infração de nº 13555-000.117/2011-20.

Diante da situação evidenciada, em 17/05/2011 e 23/05/2011, efetuamos o lançamento Crédito Tributário (Regime de Tributação pelo Lucro Presumido - ano calendário 2008 - exercício 2009), tendo em vista Omissão de Receita Operacional, base de cálculo, de fato, não declarada, à Secretária da Receita Federal do Brasil, conforme tabelas que ora encontram-se anexadas aos Autos de Infrações.

A contribuinte tomou ciência dos autos de infração em 24/05/2011, e apresentou a impugnação de fls. 169 a 195 em 22/06/2011, alegando, em síntese, que:

Da nulidade

1) **pela ausência do envio das DIRF's à requerente, quando da regular intimação, IMPRESCINDÍVEIS ao vergastado confronto dos valores de Rendimentos Tributáveis declarados pela Fiscalizada para com os valores dos Rendimentos informados pelas fontes pagadoras (Instituições Financeiras), em suposta omissão de receita no importe de R\$3.838.982,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), entende a Impugnante como nulo todo o processo administrativo fiscal, pelo denunciado cerceamento do AMPLO direito de defesa, face à INDISPONIBILIDADE do fidedigno e exauriente conhecimento da prova material que garante azo à procedência do auto objurgado;**

Não bastasse o referido Auto de Infração ser encaminhado ao contribuinte sem que acompanhassem as DIRFS, os **AUTOS DO PROCESSO ADMINSITRATIVO FISCAL NÃO ESTAVAM DISPONÍVEIS PARA ACESSO DO CONTRIBUINTE NA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, DO MUNICÍPIO DE VALENÇA-BA**, ficando a contribuinte impossibilitada de ter vista dos documentos que instruíam o processo e subsidiaram o lançamento do crédito tributário.

Ademais, a capa dos autos indica que o referido processo somente chegou à unidade da RFB, em Valença no dia 02 de junho de 2011, quando já houvera decorrido quase 1/3 (um terço) do prazo total para elaboração da presente defesa.

Assim, restou prejudicada AMPLA DEFESA, visto que por questões internas do órgão de fiscalização houve supressão de prazo para o exercício do direito, do sujeito passivo.

Pelo exposto, somente a devolução integral do prazo de defesa seria capaz de observar a garantia fundamental esculpida na Constituição Federal.

Do efeito confiscatório da multa de 150% cominada à Contribuinte

2) A cominação da multa no desarrazoado percentual de 150% afronta o princípio constitucional de vedação ao CONFISCO, insculpido no art.150, inciso IV, da CF/88, o que fica, desde já, expressamente pré-questionado.

Erro nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL

3) Nos itens 2; 3 e 6, do aludido ANEXO II (fls 59 e 60 dos autos), na oportunidade destacados com marca-texto, percebe-se que os rendimentos informados pelas fontes pagadoras/instituições financeiras contratantes da Autuada, correspondentes ao Banco BGN S/A; BV Financeira S.A.C.F.L; e Banco Industrial do Brasil S/A, constitutivos da vergastada base de cálculo, foram COMPUTADOS em DOBRO, a teor dos códigos de receita utilizados -1708 (alusivo ao IR) e 5952 (alusivo ao PIS e a COFINS), pois o rendimento mensal total por essas informado foi utilizado por DUAS vezes na apuração ora do IR, ora do PIS, CONFINS e CSLL, e não como ÚNICO rendimento mensal constitutivo da base de cálculo tributável, correspondente a todos esses tributos DE UMA SÓ VEZ incidentes.

Obs. destaquei.

Tal fato, de per si, revela a insubsistência e improcedência do valor lançado pelo Fisco em R\$1.288.195,31 (hum milhão, duzentos e oitenta e oito mil, cento e noventa e cinco reais e trinta e um centavos), haja vista o comprovado ERRO na apuração da apontada base de cálculo pontada em R\$3.838.982,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), pelo cômputo em DUPLICIDADE dos rendimentos informados pelas fontes pagadoras/instituições financeiras contratantes da Autuada, a teor dos itens 2; 3 e 6, do ANEXO II, correspondente ao Demonstrativo Consolidado de Rendimentos e do IRRF Informados pelas Fontes Pagadoras constitutivo do auto guerreado.

Ainda, acerca do erro na quantificação da base de cálculo dos tributos lançados através do processo em epígrafe, observa-se no documento acostado à fl. n° 86 dos autos, denominado "dossiê integrado", constata-se que a existência de valores idênticos repetidos com códigos de receitas diferentes, como se pode exemplificar o valor de R\$ 146.100,68, pago pelo Banco BGM S/A, que fora indicado no código 1708 (fl 86) e repetido com código 5952 (fl. 87).

A identificação das receitas computadas em duplicidade não esgota o rol de divergências e inconsistências que contaminam mortalmente o lançamento do crédito tributário, uma vez que a utilização das DIRF's pelo agente do fisco, como único elemento para valoração da base de cálculo, indica que o mesmo utilizou o **REGIME DE CAIXA DE RECONHECIMENTO DAS RECEITAS**, ao passo que, conforme se constata na DIPJ da autuada, o regime adotado para reconhecimento das receitas é o **REGIME DE COMPETÊNCIA**.

Certamente esse equívoco no REGIME DE RECONHECIMENTO DAS RECEITAS altera, substancialmente, a base de cálculo de incidência tributária anual.

Erro nas bases de cálculo do PIS e da COFINS

4) A Lei nº. 10.833/2003, que institui a cobrança **não-cumulativa** da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, determina, em seus artigos 30 e 31, que os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado pelas prestações de serviços ali discriminados deverão, desde que acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por período de apuração (mensal), sofrer a **RETENÇÃO** na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da **COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.**

Outrossim, as alíquotas aplicáveis para incidência da Cofins e do PIS da Autuado são respectivamente 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), haja vista que no exercício financeiro objeto da lide - 2008 - a defendente era optante pela apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica pelo regime de lucro presumido.

*Logo, deduz-se que nos pagamentos efetuados pelas instituições financeiras discriminados pela Autuante no anexo I, superiores a 5.000,00 (cinco mil reais) por mês, **NÃO** podem compor a base de cálculo elaborada pelo preposto do fisco, pois a obrigação legal de reter e efetuar o recolhimento do tributo devido é do contratante dos serviços (instituição financeira), sob pena de apropriação indébita, conforme preconizado na legislação supra.*

*Ademais, é imperioso observar que, como a Autuada é tributada pelo regime de lucro presumido, não há DIFERENÇA a ser recolhida por essa, pois as alíquotas aplicadas nas retenções são **IDÊNTICAS** às alíquotas incidentes nas operações realizadas pela impugnante.*

*Frize-se que, em todas as operações realizadas pela Autuada **ACIMA** do montante de cinco mil reais houve, **EFETIVAMENTE**, retenções das contribuições em tela e **NOVAMENTE** cobradas de ofício pelo Fisco, adentrando ao caixa da empresa apenas os valores dos serviços prestados já deduzidos dos tributos em comento, o que revela, desde já, a fragilidade e insubsistência do presente A.I..*

*Nessa senda, vale salientar que, caso o Fisco insista em manter a autuação," nos moldes do lançamento originário, estará cobrando o mesmo tributo, do mesmo contribuinte e sobre o mesmo fato gerador, o que configura **bis in idem**, veementemente rechaçado pela doutrina e jurisprudência pátria, além de caracterizar enriquecimento sem causa por parte do fisco federal.*

Isto posto, e utilizando-se dos mesmos dados constantes no anexo I da peça acusatória, a Impugnante elaborou planilha denominada anexo A, que instrui o presente petição,

*retirando/deduzindo os valores acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) já tributados na forma retida à título de Pis e Cofins, o que enseja inevitável redução da base de cálculo do Pis e da Cofins equivocadamente apurada pelo Fisco em R\$ 3.838.982,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos) para R\$ 39.096,96 (trinta e nove mil, noventa e seis reais e noventa e seis centavos), sendo apenas devido, ainda que superada a preliminar de nulidade acima agita, o que não se espera e confia, o importe de R\$ 1.172,91 (R\$ 39.096,96 * 3%) para tributação da Cofins e R\$ 254,13 (R\$ 39.096,96 * 0,65%) para o Pis.*

Note-se ainda que a duplicidade de receita indicada no tópico anterior também se aplica ao PIS e a COFINS.

Erro na apuração da base de cálculo apontada – Da efetiva Receita Operacional de 2008.

5) Por fim, ainda acerca da receita operacional apontada pela Autuante, no insubsistente importe de R\$ 3.838.382,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), e ainda que vencidos os dois tópicos acima suscitados, o que se admitiria apenas ad argumentandum, não logra prosperar o quantitativo/base de cálculo suprarreferida, pelos motivos e provas a seguir ventilados.

Conforme consignado no item 04, sub-item 4.1, do Relatório de Auditoria Fiscal que compõe o presente A.I., quando da intimação da Contribuinte pela RFB para apresentação dos documentos solicitados foi, ESPONTANEAMENTE, a essa apresentado LIVRO CONTÁBIL DE REGISTRO de ISS de nº.01/2008 (doc. anexo), onde se INFORMA e se COMPROVA, sobretudo para efeitos FISCAIS, a teor das N.F/s (doc. anexo) de nº's 302 (JAN/2008) a 545 (DEZ/2008) a TOTALIDADE da receita operacional por essa movimentada no exercício de 2008, objeto da presente fiscalização e, inelutavelmente, carecedora de reparos.

Desta sorte, a teor da ROBUSTEZ das provas acima carreadas, já de conhecimento do Fisco quando da DIPJ retificadora apresentada em 20/03/2011, e indevidamente por essa desprezada ao proceder o infundado lançamento, ter-se-ia como receita operacional tributável (base de cálculo), em 2008, o total de R\$ 2.844.080,99 (dois milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, oitenta reais e noventa e nove centavos), motivo pelo qual insubsistente e maculado o vergastado lançamento.

Da impropriedade da cobrança da multa de 150% devido à ausência de dolo na conduta da Contribuinte

6) Malgrado a Impugnante, através das DCTF's alusivas ao 1º e 2º semestres e da DIPJ de 2009 não ter informado/declarado espontaneamente, como pretendido pelo Fisco, os rendimentos tributáveis do período fiscalizado, tal omissão não se operou VOLITIVAMENTE com o animus de se lesar o erário federal, uma vez que, conforme já retrocitado, sua natureza não é de pessoa jurídica, mas sim de empresária individual, nos moldes do art. 966 do CC/02, cujas limitações intelectivas no campo contábil, financeiro e fiscal sob a respectiva atividade tributada são supridas/suportadas por TERCEIRO

contador, regularmente habilitado no órgão de classe, não havendo assim, animus dolandi da Autuada em querer lesar ou ludibriar o Fisco sobre os apontados rendimentos tributáveis.

Ademais, conforme consignado no item 04, sub-item 4.1, do Relatório de Auditoria Fiscal que compõe o presente A.I., quando da intimação da Contribuinte p u °.FB para apresentação dos documentos solicitados foi, ESPONTANEAMENTE, a essa apresentado LIVRO DE REGISTRO de ISS de nº. 01/2008, onde se INFORMA, sobretudo para efeitos FISCAIS, a TOTALIDADE dos rendimentos por essa auferidos no decorrer do exercício de 2008, objeto da presente fiscalização, o que RATIFICA, mais uma vez, sua ausência de DOLO e a não incidência dos arts.71 e 72 da Lei 4.502/64 c/c §1º, art.44, da Lei nº.9.430/96, indevidamente suscitados pelo Sr. Auditor Fiscal Darilo Carlos de Souza.

Não obstante tal assertiva, outra EVIDÊNCIA de que não houve dolo por parte da Fiscalizada cinge-se no fato desta, em 20 de março de 2011, pelo Recibo de Declaração Retificadora de nº. 13.26.30.79.57-24, ter apresentado DIPJ 2009 retificadora. Todavia, para efeitos meramente FISCAIS, essa não foi levada em consideração por essa Benemérita Unidade. Fazendária, sob o fundamento de exclusão da espontaneidade consignada na letra "f" do Termo de Início de Procedimento Fiscal, do qual somente em 27-01-2011 a Autuada tomou ciência.

Tal fato revela que a Fiscalizada, VOLITIVAMENTE, procurou SANAR as falhas ora apontadas e objeto do guereado auto de infração, o afasta IRREFUTAVELMENTE sua INTENÇÃO de prejudicar a atividade de fiscalização e arrecadação na oportunidade desempenhada pelo Fisco.

DO PEDIDO

Com lastro nas sustentáveis razões acima explicitadas, pugna a Autuada, sucessivamente:

a) seja acolhida a preliminar de nulidade do A.I. em comento, face à ausência de disponibilização MATERIAL à Autuada das DIRF's no PAF, IMPRESCINDÍVEIS à fidedigna apuração do vergastado confronto dos valores de Rendimentos Tributáveis declarados pela Fiscalizada para com os valores dos Rendimentos informados pelas fontes pagadoras (Instituições Financeiras), em suposta omissão de receita no importe alegado;

a.1) caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, que devolva-se o prazo da defesa administrativa, que deverá ser iniciado a partir da efetiva disponibilização dos autos na unidade da RFB, situada no Município de Valença-Ba e após a cientificação do contribuinte; e

b) superada a preliminar supra, pugna ainda pela improcedência do Auto de Infração em epígrafe, para que:

b.1) seja reconhecida a insubsistência e improcedência do valor lançado pelo Fisco em R\$1.288.195,31 (hum milhão, duzentos e

oitenta e oito mil, cento e noventa e cinco reais e trinta e um centavos), haja vista o comprovado ERRO na apuração da apontada base de cálculo pontada em R\$3.838.982,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), pelo cômputo em DUPLICIDADE dos rendimentos informados pelas fontes pagadoras/instituições financeiras contratantes da Autuada, a teor dos itens **2; 3 e 6**, do ANEXO II, correspondente ao **Demonstrativo Consolidado de Rendimentos e do IRRF Intimidados pelas Fontes Pagadoras** constitutivo do auto gerreado;

b.II) seja reduzida a base de cálculo do Pis e da Cofins equivocadamente apurada pelo Fisco em R\$ 3.838.982,44 (três milhões, oitocentos e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e quatro centavos) para **R\$ 39.096,96** (trinta e nove mil, noventa e seis reais e noventa e seis centavos), sendo apenas devido, ainda que superada a preliminar de nulidade acima agita, o que não se espera e confia, o importe de R\$ 1.172,91 (R\$ 39.096,96 * 3%) para tributação da Cofins e R\$ 254,13 (R\$ 39.096,96 * 0,65%) para o Pis.

b.III) seja reduzida a base de cálculo de R\$3.838.982,44 apontada pelo Fisco, correspondendo à EFETIVA e COMPROVADA Receita Operacional tributável da Fiscalizada em 2008 o quantitativo de R\$2.844.080,99 (dois milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, oitenta reais e noventa e nove centavos), a teor do LIVRO CONTÁBIL DE REGISTRO de ISS de n.º.01/2008 (doc. anexo), e N.F.'s (doe. anexo) de n.º's 302 (JAN/2008) a 545 (DEZ/2008) por essa emitidas sob o período fiscalizado, carecendo de reforma o lançamento refutado;

b.IV) pelo efeito confiscatório, ex vi do art.150, inciso IV, da CF/88, da multa cominada à Contribuinte no INSUSTENTÁVEL e DESSARRAZOADO percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença dos impostos não declarados ou recolhidos ao erário federal, com estribo no art.44 inciso I, §1º, da Lei n.º.9.430/96, c/c arts.71 e 72 da Lei n.º.4.502/64, sem qualquer subsunção ao caso em tela;

b.V) seja reduzida a multa cominada à Impugnante no percentual de 150%, sobre a totalidade ou diferença dos impostos não declarados ou recolhidos ao erário federal, para 75%, nos moldes do art.44, inciso I, da Lei n.º.9.430/96, face à evidenciada ausência de DOLO sob o caso em tela, sem qualquer subsunção aos tipos inculpidos nos arts.71 e 72 da 4.502/64, tampouco no art.1º, da Lei n.º.8.138/90;

c) seja arquivada a infundada representação fiscal para efeitos penais, nos moldes do art.83, da Lei n.º.9.430/96.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, repisou as alegações expendidas na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Nulidade por não apresentação das DIRF

A recorrente pugna pela nulidade do auto de infração, pois não lhe foram apresentadas as DIRF nas quais se fundamentou o auditor-fiscal para, ao confrontá-las com as declarações zeradas (DIPJ AC/2008 e DCTF do 1º e 2º semestres de 2008), concluir pelo lançamento. Afirma, ainda, que solicitou cópias dos autos e não foi atendida.

Em primeiro lugar, deve-se frisar que a fase contenciosa do procedimento se estabelece com a impugnação (art. 14, Decreto nº 70.235/72), não sendo dever do autuante fornecer cópias de declarações de terceiros durante o procedimento fiscal.

Demais disso, durante o contencioso o contribuinte tem direito a vistas do processo administrativo fiscal. No caso presente, não foi alegado nem provado que este direito tenha sido negado.

Além disso, a própria alegação acolhida de tributação em duplicidade – que resultou no cancelamento parcial do lançamento pelo acórdão *a quo* - demonstra que a recorrente pôde analisar a matéria tributável, inclusive no que tange à sua quantificação. E, além disso, a apresentação dos livros de ISS com dados de receita lançados, em total descompasso com as DIPJ e DCTF zeradas prestadas, mantendo coerência com o lançamento efetuado, demonstra que a recorrente tinha conhecimento dos fatos tributários aqui em debate. Some-se a isso que foram diversas as instituições financeiras que prestaram informações de retenções feitas sobre rendimentos pagos à recorrente.

A DRJ também mencionou que afirmou que a solicitação de cópias somente foi feita 01 dia antes do vencimento do prazo para apresentação da impugnação. Vejamos.

O lançamento tributário não está condicionado a envio, por parte da autoridade lançadora, das DIRF's ou de quaisquer outras declarações à Requerente durante o procedimento fiscal já regularmente instaurado, não podendo, por si só, configurar cerceamento do direito de defesa.

Além do mais, constam deste PAF, demonstrativos (fls. 79) trazidos aos autos pela autoridade fiscal nos quais restam demonstradas as receitas tributáveis utilizadas na determinação das bases de cálculo dos referidos autos de infração, os quais, em conjunto com as DIRF e os comprovantes de rendimento, de fls. 88 e 126, permitiram o total

conhecimento da Requerente em relação as informações utilizadas nas apurações das referidas bases de cálculo.

Além disso, a Requerente alega que os autos do processo administrativo fiscal não estavam disponíveis para seu acesso na repartição fazendária, do município de Valença-BA, ficando a Contribuinte impossibilitada de ter vista dos documentos que instruíam o processo e subsidiaram o lançamento do crédito tributário, isso porque o referido processo chegou à unidade da RFB em Valença, somente, no dia 02 de junho de 2011, quando já houvera decorrido quase 1/3 (um terço) do prazo total para elaboração da presente defesa, o que, também, poderia implicar no cerceamento do seu direito de defesa.

Da análise do documento de nome, "Solicitação de cópia de documentos", conclui-se que o mesmo só foi entregue na repartição competente (ARF Valença-BA) em 21/06/2011, ou seja, 19 dias após a chegada do PAF à referida repartição, após os quais só restaria 1 (um) dia para completar o prazo final para a entrega da sua Impugnação à RFB, conforme fls. 169 a 195, ou seja, tal fato não impediu que a Contribuinte efetuasse sua defesa em tempo hábil.

Assim, não vislumbro cerceamento do direito de defesa

Erro na apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins

A recorrente entende que houve apuração em duplicidade na autuação, pois as pessoas jurídicas que lhe efetuaram pagamentos fizeram a retenção de tais contribuições, que foram lançadas novamente. Alega, ainda, que a DRJ, quando do julgamento, se absteve de analisar tal argumento.

A assertiva não está em conformidade com o que consta do acórdão recorrido.

Com efeito, a DRJ efetuou minucioso exame da base de cálculo do lançamento e o reduziu, excluindo dele os créditos lançados em duplicidade. Vejamos:

Da leitura de tais artigos, resta claro que as empresas declarantes retiveram: o IRRF na alíquota de 1,5% sob os códigos 1708 e 8045, e CSLL, COFINS e PIS, nas alíquotas, respectivamente, 1%, 3% e 0,65%, conforme os artigos supracitados.

Porém, da observação das informações da planilha acima, constata-se que realmente há receitas tributáveis consideradas em duplicidade na determinação das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, da COFINS e do PIS, tanto entre os códigos 8045 e 5952, quanto entre os códigos 1708 e 5952, das quais só será considerado um dos códigos nas determinações das bases de cálculo deste voto.

Também foram consideradas em duplicidade, as receitas cujos valores são diferentes entre si, porém pertencem ao mesmo mês/ano, ao mesmo tipo de rendimento, e ao mesmo declarante, como segue:

Ano-mês	Código de receita	Receitas tributáveis apuradas autos de infração (R\$)
jan/08	1708	11.672,00
jan/08	5952	21.769,44
set/08	1708	97.923,40
set/08	5952	98.643,37
nov/08	1708	86.798,94

nov/08	5952	89.440,38
dez/08	1708	77.054,31
dez/08	5952	46.727,60

Cabe ressaltar que dentre estes só serão considerados os maiores valores nas determinações das bases de cálculo deste voto.

Desconsideradas as receitas tributáveis em duplicidade (planilhas supracitadas), tem-se as seguintes apurações dos tributos em lide:

COFINS

mês/ano	Rec. Trib. (R\$)	COFINS lançada (R\$)	COFINS 3% (R\$)	COFINS a comp. (R\$)	COFINS mantida (R\$)	COFINS exonerada (R\$)
jan/08	164.859,04	4.483,01	4.945,77	2.701,14	2.244,63	2.238,38
fev/08	232.684,27	6.975,34	6.980,53	0,00	6.975,34	
mar/08	189.192,30	5.675,74	5.675,77	950,81	4.724,96	950,78
abr/08	115.521,42	3.397,30	3.465,64	0,00	3.397,30	
mai/08	146.837,01	4.243,99	4.405,11	1.149,11	3.256,00	987,99
jun/08	122.595,20	3.555,69	3.677,86	0,00	3.555,69	
jul/08	295.390,76	8.843,79	8.861,72	1.155,07	7.706,65	1.137,14
ago/08	336.467,24	10.093,85	10.094,02	3.296,19	6.797,82	3.296,03
set/08	455.987,70	13.657,85	13.679,63	3.593,39	10.086,24	3.571,61
out/08	187.388,68	5.621,61	5.621,66	1.735,45	3.886,22	1.735,39
nov/08	364.944,94	10.868,93	10.948,35	3.904,41	7.043,94	3.824,99
dez/08	427.980,79	12.871,27	12.839,42	5.454,25	7.385,17	5.486,10
Totais	3.039.849,35	90.288,37	91.195,48	23.939,81	67.059,97	23.228,40

PIS

mês/ano	Rec. Trib. (R\$)	PIS lançada (R\$)	PIS 0,65% (R\$)	PIS a comp. (R\$)	PIS mantido (R\$)	PIS exonerado (R\$)
jan/08	164.859,04	971,46	1.071,58	585,25	486,34	485,12
fev/08	232.684,27	1.511,32	1.512,45	0,00	1.511,32	
mar/08	189.192,30	1.199,42	1.229,75	206,01	1.023,74	175,68
abr/08	115.521,42	736,09	750,89	0,00	736,09	
mai/08	146.837,01	919,53	954,44	248,97	705,47	214,06
jun/08	122.595,20	770,39	796,87	0,00	770,39	
jul/08	295.390,76	1.916,18	1.920,04	250,27	1.669,77	246,41
ago/08	336.467,24	2.187,27	2.187,04	714,18	1.472,86	714,41
set/08	455.987,70	2.959,47	2.963,92	778,57	2.185,35	774,12
out/08	187.388,68	1.218,09	1.218,03	376,01	842,01	376,08
nov/08	364.944,94	2.355,20	2.372,14	845,95	1.526,19	829,01
dez/08	427.980,79	2.788,92	2.781,88	1.181,75	1.600,12	1.188,80
Totais	3.039.849,35	19.533,34	19.759,02	5.186,96	14.529,66	5.003,68

As colunas: “IRPJ a COMP.”, “CSLL a COMP.”, “COFINS a COMP.” e “PIS a COMP.” são relativas a tributos retidos na fonte sob os códigos 1708, 8045 e 5952, os quais se encontram informados nas DIRF, conforme fls. 88 e 126.

Sendo assim, não resta comprovada a alegação da Impugnante de que só deveriam ser mantidos: a COFINS, no valor original de R\$ 1.172,91 (R\$ 39.096,96 * 3%) e o PIS, no valor original de R\$ 254,13 (R\$ 39.096,96 * 0,65%).(grifo meu)

Cabe ressaltar que constam das consultas aos sistemas SINAL05 (fls. 80 a 87) e SIEF/Pagamentos (fls. 206 e 207), administrados pela RFB, pagamentos com DARF (códigos de receita:2089 (IRPJ), 2372 (CSLL), 8109 (PIS) e 2172 (COFINS), sendo que estes não se encontram vinculados a nenhum crédito tributário ou processo.

Tais pagamentos, os quais compõe a coluna “Pagamentos” da planilha a seguir, também deverão ser alocados, de acordo com a solução de consulta interna de nº. 08/2007, a seus respectivos créditos tributários do IRPJ, da CSLL, da COFINS e do PIS ora mantidos.

Ainda, em relação aos referidos pagamentos, conclui-se que deverão ser subtraídos para efeito da apuração das bases de cálculo da multas qualificadas de 150% e dos juros de mora, como segue:

IRPJ, CSLL, COFINS e PIS - BASE DE CÁLCULO DA MULTA 150%

E JUROS DE MORA

PA	Tributo/ (cód. Rec.)	Vlr. Mantido no voto (R\$)	Pagamentos (R\$)	BC. p/ multa 150% e juros (R\$)
1º	IRPJ	32.875,30	348,12	32.527,18
2º	IRPJ	22.457,97	388,52	22.069,45
3º	IRPJ	71.684,57		71.684,57
4º	IRPJ	65.019,12		65.019,12
1º	CSLL	15.680,67	58,10	15.622,57
2º	CSLL	10.703,62	176,45	10.527,17
3º	CSLL	28.648,41		28.648,41
4º	CSLL	24.535,03		24.535,03
jan	COFINS	2.244,63	150,2	2.094,43
fev	COFINS	6.975,34	140,17	6.835,17
mar	COFINS	4.724,96	144,77	4.580,19
abr	COFINS	3.397,30	161,12	3.236,18
mai	COFINS	3.256,00	170,48	3.085,52
jun	COFINS	3.555,69	154,05	3.401,64
Jul	COFINS	7.706,65		7.706,65
ago	COFINS	6.797,82		6.797,82
set	COFINS	10.086,24		10.086,24
out	COFINS	3.886,22		3.886,22
nov	COFINS	7.043,94		7.043,94
dez	COFINS	7.385,17		7.385,17
jan	PIS	486,34	32,54	453,80
fev	PIS	1.511,32	30,37	1.480,95
mar	PIS	1.023,74	31,36	992,38
abr	PIS	736,09	34,91	701,18
mai	PIS	705,47	36,94	668,53
jun	PIS	770,39	33,38	737,01
Jul	PIS	1.669,77		1.669,77
ago	PIS	1.472,86		1.472,86
set	PIS	2.185,35		2.185,35
out	PIS	842,01		842,01
nov	PIS	1.526,19		1.526,19
dez	PIS	1.600,12		1.600,12

BC. p/ multa 150% e juros = Vlr. Mantido no voto – Pagamentos.

Vê-se, portanto, que o trabalho feito pela DRJ debruçou-se sobre as questões levantadas pela ora recorrente. Ademais, além de se verificar claramente das tabelas a efetiva redução do valor tributável de PIS e COFINS e aplicação das alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente, nenhum valor específico da tabela produzida no julgamento que resultou na redução do auto de infração foi questionado pela recorrente, que simplesmente afirmou que o colegiado não apreciou a matéria.

Neste sentido, o argumento não pode ser acolhido.

Erro na apuração da receita tributável

Alega, também, a recorrente, que há erro na base tributável pois a fiscalização não tomou como verdadeiros os dados lançados no livro de ISS, prestado espontaneamente durante o procedimento fiscal. Segundo afirma, tal livro seria de grande robustez.

Ora, os livros comerciais e fiscais fazem prova em favor do contribuinte. Todavia, esta é uma presunção relativa que pode ser desconstituída pela fiscalização, como foi feito. No caso vertente, as fontes pagadoras que pagaram rendimentos à recorrente informaram valores em montante superior aos R\$2.844.080,99 lançados no livro de ISS. Tal prova não restou vergastada com efetividade pela recorrente, com apresentação de provas hábeis e idôneas que questionassem sua idoneidade e veracidade.

Demais disso, após verificar que foram prestadas declarações falsas à Administração Fazendária, indicando valores iguais a zero relativo a receitas auferidas, a alegação de que o livro de ISS é de grande *robustez* fica prejudicada, sem que esta *robustez* seja devidamente demonstrada e que os valores informados pelas instituições financeiras sejam questionados, mediante provas.

Assim, mantenho a base de cálculo tal qual retificada pelo acórdão recorrido.

Arguição de inconstitucionalidade de lei

O recorrente se insurgiu contra parte da decisão da DRJ que não conheceu de matéria que questionava inconstitucionalidade de lei, em especial no que tange aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco na aplicação da multa de ofício qualificada (percentual de 150%).

Não lhe assiste razão neste ponto.

Ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Tal restrição não elimina a possibilidade de que, inconformado, deduza o contribuinte sua pretensão em juízo, assegurando-se do conteúdo prescritivo do art. 5º, XXXV, da CF.

O direito positivou tal restrição no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, e, ademais, a matéria já se encontra sumulada, dadas as reiteradas e uniformes decisões tomadas pelo Colegiado no mesmo sentido, através da Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ausência do elemento subjetivo

Insurge-se, ainda, a recorrente, novamente contra a imposição da multa qualificada, por entender que não foi demonstrado o dolo. Alega, em síntese, haver limitação intelectual da empresária, que é suprida por terceiro contador. As retenções eram feitas diretamente pelas instituições financeiras contratantes. E, por fim, a apresentação do livro de ISS, bem como apresentação de declaração retificadora, durante o procedimento fiscal afastam o dolo.

A multa foi aplicada no percentual de 150% porque entendeu a autoridade (fls.159) que a recorrente deliberadamente não declarou os valores de Receita Bruta inerentes a comissões, corretagem, remuneração por serviços prestados a bancos diversos, conforme consta em DIRF e parcialmente no livro de ISS. As DIPJ/2009 e DCTF relativas ao 1º e 2º semestre de 2008 foram apresentadas zeradas.

Tendo em vista que a declaração de rendimentos é o meio que a Administração Tributária possui para averiguar o cumprimento das obrigações do sujeito passivo, entendo que a conduta de falseá-la, reduzindo-lhe os valores de receita bruta, demonstra intenção de esconder do Fisco a ocorrência de fatos geradores. Provada a redução, entendo caracterizado o intuito de fraude, o qual autoriza a exasperação da multa.

Some-se a isso, que sendo optante pelo lucro presumido, a conduta foi repetida durante os 04 trimestres do ano-calendário de 2008.

Relativamente à apresentação de livros e documentos (livro de ISS) durante o procedimento fiscal, é necessário ressaltar que neste ponto dos acontecimentos, em geral – e não destoa disto o caso vertente - a autoridade já sabe, pelas informações que têm nos bancos de dados da Receita Federal, que há informações incongruentes com grande possibilidade de se constituírem em infrações fiscais (no caso vertente, total incompatibilidade entre as DIPJDCTF prestadas relativamente às DIRF apresentadas pelas fontes pagadoras).

A conduta que motivou tal incongruência já foi deflagrada e restou surpreendida pela autoridade fiscal antes do termo *ad quem* para o lançamento de ofício. Neste sentido, descabe falar-se em ausência de dolo, pois este deve ser aferido relativamente à conduta surpreendida, já exaurida, todavia, no tempo. Sequer pode-se falar aqui em *tentativa*, posto que esta se dá quando o agente é surpreendido já na execução do crime, mas antes de sua consumação.

Assim, tal apresentação apenas poderia configurar *confissão*, mas esta modalidade de prova, de acordo com a legislação tributária, não tem qualquer efeito atenuante na penalidade a ser aplicada.

Processo nº 13555.000116/2011-85
Acórdão n.º **1302-001.119**

S1-C3T2
Fl. 279

Entendo, pois, correta a aplicação da multa qualificada.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo-se o quanto decidido no acórdão recorrido.

Sala das Sessões, 11 de junho de 2013.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator