



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

Processo n° 13888.724476/2011-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-003.107 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2016
Matéria COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente FIRE COMÉRCIO DE FERROS FUNDIDOS E SERVIÇOS DE USINAGEM LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições para a Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições para o PIS/PASEP, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

[assinado digitalmente]

RICARDO PAULO ROSA - Presidente.

[assinado digitalmente]

MARIA DO SOCORRO FERREIRA AGUIAR - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Lenisa Prado, Paulo Guilherme Déroulède, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araújo.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude da apuração de falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para a COFINS, no período de 31/01/2006 a 31/03/2007, exigindo-se-lhe contribuição para o PIS de R\$233.142,28, multa de ofício de R\$349.713,38 e juros de mora de R\$124.987,16, perfazendo o total de R\$707.842,82, e para a COFINS exigência de R\$1.078.818,74, multa de ofício de R\$1.618.228,08 e juros de mora de R\$578.385,34, perfazendo o total de R\$3.275.432,16.

De acordo com o Termo de Informação Fiscal, de fls.1170/1179, a fiscalização apurou as seguintes infrações quanto ao PIS:

A contribuição para o PIS/PASEP, apurada na forma da Lei 10.637/2002 (regime não-cumulativo), objeto do presente lançamento, corresponde à diferença entre o apurado pela Fiscalização com o declarado pelo sujeito passivo na DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais).

O faturamento mensal da FIRE, que constitui o fato gerador da contribuição para o PIS/PASEP, foi apurado, para o estabelecimento matriz, nos livros Registro de Saídas de 2006 e 2007, enquanto que para a filial, em 2006 no livro Registro de Saídas e para 2007, nas contas contábeis 3110100007 (venda de produtos no mercado interno) e 3110300008 (prestação de serviços no mercado interno). O Livro Registro de Saídas de 2007 da matriz, embora desencadernado e sem assinatura nos Termos de Abertura e Encerramento, foi aceito pela Fiscalização, pois seus valores encontram-se devidamente escriturados na conta contábil 3.1.0.10.101 Venda de produtos no Mercado Interno.

(...)

Embora intimada e reintimada, a FIRE deixou de apresentar as notas fiscais de vendas de autopeças para atacadistas, varejistas e consumidores, cujos produtos estavam sujeitos a alíquotas diferenciadas do PIS e da COFINS e, por isso, a Fiscalização considerou como bases de cálculo sujeitas à alíquota

diferenciada aquelas declaradas nos respectivos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais (DACON) transmitidos à Receita Federal.

Também, foi constatado pagamento a menor e omissão na base de cálculo da Cofins:

A COFINS, apurada na forma da Lei 10.833/2003 (regime não-cumulativo), objeto do presente lançamento, corresponde à diferença entre o apurado pela Fiscalização com o declarado pelo sujeito passivo na DCTF.

O faturamento mensal, que constitui o fato gerador da COFINS, e as bases de cálculo com alíquotas normal e diferenciada foram apurados como já descrito no cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e demonstrado em seu primeiro quadro.

No quadro a seguir (valores expressos em R\$), temos a apuração da COFINS a lançar de ofício. Com relação aos créditos a descontar da contribuição apurada (art. 3º da Lei 10.833/2003), entre 01/2006 a 06/2006, o total declarado nos DACON é o somatório do escriturado nas contas contábeis 1.1.0.30.501 COFINS a recuperar (Matriz) e 1.1.3.03.0000.9 COFINS a recuperar (filial 0003). No entanto, entre 07/2006 a 03/2007 o valor dos créditos demonstrados nos DACON é muito inferior àqueles escriturados contabilmente. Assim, a Fiscalização, verificando que as bases para o cálculo do crédito que melhor refletiam a atividade da empresa eram aquelas constantes da contabilidade, aceitou os créditos escriturados nas contas de COFINS a recuperar (matriz e filial) para descontar da contribuição apurada (demonstrados na coluna CRÉDITO CONTÁBIL).

O Auditor-fiscal constatou alterações do contrato social tanto de sócios, como de endereço da empresa fiscalizada:

Em 01/04/2004 a ALVARCO arrendou seu parque industrial, avaliado em R\$ 7.000.000,00, para a FIRE, como consta do Instrumento Particular de Arrendamento de Parque Industrial e Outras Avenças. Pela ALVARCO assinou o referido contrato o Sr. Clóvis Penteado de Castro, e pela FIRE o sr. Mário César Mendes. Posteriormente a FIRE transferiu sua sede de São Paulo para o endereço da ALVARCO em Piracicaba.

Chamou a atenção da Fiscalização o fato que à época da assinatura do referido instrumento de arrendamento (01/04/2004), os srs. Clóvis Penteado de Castro e Mário César Mendes eram ao mesmo tempo sócios e administradores da ALVARCO e da FIRE.

A FIRE era uma empresa sem bens imóveis, conforme informação eletrônica fornecida pela ARISP (Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo), tributada pelo SIMPLES (até o ano-calendário 2004), e a ALVARCO, como já dito, possuía um parque industrial em seu nome, que embora

paralisado, sujeito a penhoras e ações trabalhistas, tinha um valor econômico importante.

Além disso, a fiscalização concluiu:

Do conjunto dos fatos descritos, constata-se a existência do interesse comum entre a FIRE e ALVARCO, pela formação de um grupo econômico, caracterizado por possuírem a mesma atividade econômica, o mesmo quadro societário, a administração em comum exercida pelo srs. Mário César Mendes e Clóvis Penteado de Castro; o pagamento pela FIRE das dívidas trabalhistas da ALVARCO e outras dívidas suas; e a confusão patrimonial existente entre elas. O pagamento do saldo credor da conta de arrendamento efetuado com os bens adquiridos pela FIRE, mantendo esses bens sob a propriedade dos mesmos administradores confirmam a comunhão existente entre FIRE e ALVARCO.

Assim, em face do interesse comum existente entre as empresas, a ALVARCO responderá solidariamente pelos créditos tributários da FIRE, com base no art. 124, I do CTN.

Os valores declarados nas obrigações acessórias foram muito aquém àqueles reais, ensejando, conforme conclusão da autoridade fiscal, a aplicação da multa de 150%:

Ao declarar em DCTF tributos com valores muito inferiores daqueles que o próprio sujeito passivo apurou em sua contabilidade, fica claro para a Fiscalização que os sócios administradores da FIRE, agindo em conluio (art. 73 da Lei 4.502/64), procuraram impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária do montante real dos tributos devidos (art. 71 da Lei 4.502/64). Por isso, a multa aplicada será de 150% (cento e cinquenta por cento), em consonância ao art. 44, II da Lei 9.430/96 (para fatos geradores ocorridos até 21/01/2007) e art. 44, I e §1º da Lei 9.430/96, na redação dada pela Medida Provisória nº 351/07 (convertida na Lei 11.488/2007), para os fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007.

Além disso, os administradores foram incluídos na responsabilidade solidária:

Ao declarar nas DCTF Semestrais, transmitidas à Receita Federal em 04/10/2006, 09/04/2007 e 05/10/2007, contendo o 1º semestre de 2006, 2º semestre de 2006 e 1º semestre de 2007 respectivamente, com valores muito inferiores dos tributos devidos pela FIRE em relação ao que o próprio contribuinte reconhecia como devidos em sua contabilidade, como já demonstrado, impedindo ou retardando o conhecimento por parte da autoridade fazendária do montante real dos tributos devidos, incorreram os administradores da FIRE em infração de Lei, a obrigação de informar encontrava-se previsto na Lei nº 9.779/99 (art. 16), e disposto, à época dos fatos geradores, nas Instruções Normativas SRF nº 583/2005 (art. 4o), e nº 695/2006 (art. 4o). Ressalte-se que tal conduta implicou na qualificação da multa de ofício (150%) e na representação ao Ministério

Público Federal pela ocorrência, em tese, de crime contra a Ordem Tributária.

Assim, com fulcro no art. 135, III do CTN, responderão solidariamente pelos créditos tributários lançados nesta ação fiscal, os sócios-administradores da FIRE, os srs. Clóvis Penteado de Castro (CPF 665.064.418-87) e Mário César Mendes (CPF 160.979.639-04).

Inconformada, a autuada apresentou a impugnação de fls.1217/1254, na qual argumenta:

I - Da Ausência dos Pressupostos para Validar a Cobrança dos Créditos Apurados Inicia combatendo a apuração da base de cálculo:

O Auto de Infração lavrado pela fiscalização, se baseou em hipóteses, não prevalecendo a cobrança de qualquer cobrança sem comprovação da efetiva base de cálculo, tanto é que a fiscalização não logrou êxito em demonstrar quais foram as diferenças apuradas em comparação com o declarado pela Impugnante na DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais), tanto para apuração do PIS como para a COFINS.

Entende que “somente a análise dos livros fiscais não podem ensejar a autuação, posto que o conceito de faturamento vai muito mais longe, assim temos que o faturamento e a receita são realidades distintas, tendo somente um núcleo em comum.”

E continua:

A receita possui espectro mais amplo, abarcando todas as entradas que importem em aumento do patrimônio da pessoa jurídica; o faturamento, a seu turno, adstringe-se à denominada receita bruta operacional, é dizer, àqueles ingressos oriundos da realização do objeto social da empresa, assim, vimos que na autuação, à fiscalização procedeu a lavratura do AIIM para cobrança do PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica (receita bruta), e a própria Lei 9.718/98 foi declarada inconstitucional pelo próprio STF.

Afirma que valores de terceiros foram tributados:

Sem contar ainda, que houve tributação pela fiscalização das receitas de terceiros e podemos asseverar que não é admissível a incidência do PIS/Cofins sobre os ingressos que serão repassados a outras pessoas jurídicas, portanto, a Base de Cálculo apurada pela fiscalização para apuração do PIS/PASEP e COFINS é totalmente inviável.

Tece comentários sobre o lançamento do crédito tributários e afirma que “não houve a comprovação pela fiscalização da hipótese de incidência do tributo, mediante a ocorrência do fato gerador definido no artigo 114 do Código Tributário Nacional.”

Combate o entendimento do Auditor-fiscal sobre a responsabilidade solidária:

Outrossim, a imposição de responsabilidade solidária pela fiscalização à empresa ALVARCO é totalmente descabida, posto que são pessoas jurídicas distintas, com endereço diferentes, ramo de atividade diverso, sócios etc, além do que não houve qualquer intimação da empresa ALVARCO para responder os termos da fiscalização e prestar esta última os esclarecimentos necessários.

II – Da Multa

Argumenta que a multa de 150% é confiscatória e que “não há justificativa plausível para ensejar tal penalidade”, além de citar jurisprudência que implicam o entendimento de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Também, afirma que “no mais, temos que não restou configurada qualquer conduta infracional de omissão de prestação de informações à fiscalização” e ainda que:

Portanto, há de se esclarecer que a simples constatação de conduta omissiva por parte do contribuinte ou qualquer outro detalhe de dados solicitado pela fiscalização não é condição suficiente para qualificar a multa, pois, se assim não fosse, o legislador não teria restringido, no dispositivo em que essa circunstância está prevista, sua aplicação aos casos de “evidente intuito de fraude”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento sintetizou, na ementa a seguir transcrita, a decisão proferida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições para a Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições para o PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

A arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua

competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa nos moldes da legislação que a instituiu.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/03/2007 MULTA AGRAVADA.

A existência de informações falsas nos DACON impõe a incidência de multa agravada.

Assim, inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa após ciência em 07/05/2013, conforme AR de fl. 1286, apresenta tempestivamente em 06/06/2013, fl. 1.288 Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Após a recomposição fática da situação, reitera argumentos já apresentados na fase impugnatória acrescentando ainda:

Inexistência de preclusão processual

- questiona a preliminar do Acórdão/DRJ por não acatar a impugnação da FIRE com relação à solidariedade da ALVARCO.

Inexistência de solidariedade

- afirma que a empresa Recorrida não se encaixa em nenhuma das hipóteses constantes da legislação, pois se trata de empresa autônoma, distinta da autuada, com sede em outro endereço e explorando ramo de atividade diverso, desse modo não há amparo legal para inclusão da empresa Recorrente, tampouco sua manutenção como co-responsável pelo débito tributário da empresa FIRE COMÉRCIO DE FERROS FUNDIDOS E SERVIÇOS DE USINAGEM LTDA, ora Recorrente; em contrário;

- não há violação ao ¹artigo 48 do Código de Processo Civil - CPC, nem mesmo ausência de legitimidade para se pleitear a exclusão do co-responsável, uma vez que tal artigo é claro a ressaltar a disposição em contrário;

- nesse sentido o ²artigo 509 do CPC ao estabelecer que o recurso interposto por um litisconsorte aproveitará a todos, integra a previsão em contrário contida no artigo 48 do referido código;

- conforme entendimento pacificado do Colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, deve haver interesse jurídico e não econômico vinculado pela atuação comum ou conjunta da situação que constituiu o fato imponible. Em momento algum há

¹ Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

² Art. 509. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

qualquer interesse da Recorrente na atuação da empresa autuada, e sequer houve qualquer participação desta nos atos e ações da Empresa FIRE COMÉRCIO DE FERROS FUNDIDOS E SERVIÇOS DE USINAGEM LTDA;

- sequer foi demonstrado o interesse jurídico, assim não há que se falar em sujeição passiva solidária no presente caso, devendo a empresa Recorrente INDÚSTRIAS MECÂNICAS ALVARCO LTDA, ser excluída do pólo passivo em consonância com a jurisprudência pacífica desse Colendo Conselho;

- cita respeitável jurisprudência administrativa

Da afronta ao lançamento de ofício

- o Acórdão/DRJ comete outro erro ao ratificar o entendimento da fiscalização que autuou sem os documentos necessários para comprovar a verdade material;

- o fiscal se esforça para afirmar que está correto o lançamento, que nem ele tem certeza que está, pois reconhecidamente não obteve as notas fiscais da Recorrente;

- a Recorrente arquiva suas notas fiscais em arquivos especializados, não sendo possível a apresentação de imediato e após a apresentação da impugnação não foi intimada novamente para apresentação de novos documentos;

- assim, à sua maneira e sem qualquer fundamento legal, o fiscal procedeu ao lançamento de ofício sem verificar efetivamente o fato gerador e a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS;

- essa postura resultou em uma tributação patológica, tributando receitas outras, como receitas de mero repasse de valores para outras pessoas jurídicas, que não constitui os conceitos de receita ou faturamento, previstos no art. 195, I, "b" da Constituição Federal;

- o artigo 142 do Código Tributário Nacional- CTN dispõe sobre o lançamento, como ato vinculado e no presente caso o lançamento foi efetuado ao arrepio de suas disposições, notadamente quanto à demonstração da ocorrência do fato gerador;

- o lançamento tributário não pode ser efetuado por um mero confronto de informações dos livros, DCTF e DACON, pois nesse caso a tributação buscou as notas fiscais para averiguar o que era efetivamente faturamento e a receita tributável; -o fiscal tributou indistintamente os valores constantes na DCTF e DACON, acrescendo diferenças que ele entendeu serem devidas, sem ao menos ter lastro documental;

- já o artigo 149 do CTN destaca as possibilidades de lançamento de ofício, não se enquadrando em nenhuma de suas previsões o lançamento por suposição e estimativa;

- o artigo 148 do CTN autoriza ao agente público em processo regular arbitrar o valor/preço do produto ou serviço, no entanto no presente caso o agente fiscal supôs a ocorrência do fato gerador e estimou um valor o qual deveria recair a tributação do PIs e da COFINS;

- ao contrário do entendimento da 4ª Turma da DRJ/RPO, não se buscou a verdade material alguma. Só se estimou uma suposta verdade com base em elementos que não representam o valor efetivo a ser tributado. Fato é que tributou valores de repasses de outras pessoas jurídicas/prestadoras de serviço, que não integram os conceitos de receita/faturamento,

pois não integram o patrimônio da pessoa jurídica autuada, nem ao menos servem para atividade fim;

- pugna a Recorrente que o CARF analise novamente todos os argumentos levantados no presente recurso voluntário, ratificando também todos os argumentos já pugnados em sede de impugnação, os quais foram ignorados pela 4ª Turma da DRJ/RPO, em respeito aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal;

Do erro na aplicação penalidade de 150%

- após procedimento duvidoso de lançamento o agente fiscal aplicou a penalidade de 150%, prevista no ³ artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, porém a redação do artigo 44 surgiu com a edição da Lei nº 11.488, de 2007, ou seja, a alteração da multa de 150% para 75% começou a vigor a partir de 15/06/2007, data anterior a autuação ora vergastada;

- o percentual de 150% é completamente desarrazoado e desproporcional resultando em esbulho tributário confiscatório;

- subsidiariamente, caso seja mantida a autuação então impugnada, requer que a multa de 150%, seja reduzida em atenção aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco e aplicação do artigo 112 e incisos II e IV do CTN;

- cita respeitável doutrina e jurisprudência;

³ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de

Da perícia e a primazia do princípio do contraditório

- ainda que se ignore todos os argumentos anteriormente pugnados, o que se admite apenas a título argumentativo, é necessário que seja efetuada a revisão fiscal conforme prevê o artigo 149 do CTN;

- tendo em vista a necessidade de recálculo do tributo declarado, lançado e recolhido, mister se faz a necessidade de perícia contábil, bem como eventual juntada de documentos fiscais adicionais, fazendo-se necessário a anulação do acórdão ora vergastado, remetendo-se os autos para a fiscalização da própria Delegacia da Receita Federal;

- a perícia torna-se necessária diante da divergência entre valores declarados, recolhidos e autuados e em homenagem a primazia dos princípios da legalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, torna-se imperativo que seja a requerente intimada para indicar assistente técnico, sob pena de cerceamento de defesa;

- protesta assim pela produção de todas as provas em direito admitidas;

- por fim requer que todas as intimações sejam feitas em nome de NA PAULA SIQUEIRA LAZZARESCHI DE MESQUITA, OAB/SP nº 180.369, para que a mesma seja intimada de todos os atos e decisões dos autos, no endereço sito à Alameda Santos, nº 1.800, 8º andar, conjunto, 1067, São Paulo, Capital.

Esclarece do despacho de fl.1216:

... a Fire foi cientificada dos Autos de Infração em 12/12/2011 (fls. 1.198).

O sujeito passivo solidário Indústrias Mecânicas Alvarco Ltda, CNPJ 54.365.416/000132, foi cientificado por via postal dos Autos de Infração em 13/12/2011 (fls. 1.201).

Para o sujeito passivo solidário Mário César Mendes, CPF 160.979.63904, foi afixado o edital nas dependências do Órgão, considerando-se cientificado em 29/12/2011 (fls. 1.206).

Para o sujeito passivo solidário Clóvis Penteado de Castro, CPF 665.064.41887, foi afixado o edital nas dependências do Órgão, considerando-se cientificado em 10/01/2012 (fls. 1.210).

Os sujeitos passivos Mário César Mendes e Clóvis Penteado de Castro, integrem o pólo passivo da autuação conforme Termos de Sujeição Passiva de fls.1.202/1.210 e embora regularmente intimados não apresentaram impugnação.

O sujeito passivo INDÚSTRIA MECÂNICA ALVARCO LTDA integra o pólo passivo da autuação conforme Termo de Sujeição Passiva de fls.1.199/1.201 e embora regularmente intimado não apresentou impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Relatora:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 31/03/2016 por MARIA DO SOCORRO FERREIRA AGUIAR, Assinado digitalmente em 02/04/2016 por RICARDO PAULO ROSA, Assinado digitalmente em 31/03/2016 por MARIA DO SOCORRO FERREIRA AGUIAR

Impresso em 04/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Dos requisitos de admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e atende aos pressupostos legais de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Da Preclusão da Instância Administrativa

Ressalte-se que embora haja pluralidade de sujeitos passivos, conforme os respectivos termos de sujeição passiva, fls.1201, 1202 e 1209, com ciência individualizada para cada sujeito passivo, somente a empresa já identificada, FIRE COMÉRCIO DE FERROS FUNDIDOS E SERVIÇOS DE USINAGEM LTDA, apresentou impugnação ao auto de infração.

Argui porém a Recorrente no início da peça recursal a inexistência de vínculo de responsabilidade da Indústrias Mecânicas Alvarco Ltda, pleiteando inclusive o afastamento do polo passivo da referida empresa. Invoca os artigos 48 e 509 do Código de Processo Civil - CPC para corroborar seu entendimento quanto ao direito de exercer a litigância em lugar do sujeito passivo solidário.

É inequívoco no direito pátrio que a matriz normativa processual reside nas normas do Código de Processo Civil - CPC, no entanto, também integram o ordenamento jurídico brasileiro as normas processuais específicas, como é o caso da lei que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e o Processo Administrativo Fiscal, regulado pelo Decreto nº 70.235, de 1972, inexistindo nesse caso antinomia normativa, mas uma convivência harmônica entre normas gerais e específicas, resolvendo-se essa aparente antinomia pelo princípio da especificidade.

No caso em exame prevê o Decreto nº 70.235, de 1972:

*Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e **conterá obrigatoriamente:***

I–a qualificação do autuado;

II–o local, a data e a hora da lavratura;

(...)

Art. 16. A impugnação mencionará:

I–a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II, –a qualificação do impugnante;

Assim para fins de litigância no âmbito do Processo Administrativo Fiscal - PAF, existindo autuação com pluralidade de sujeitos passivos, todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação e salvo quando haja expresso poderes de representação para apresentação de

impugnação conjunta, o que não é o caso dos autos a impugnação apresenta-se de forma conjunta.

Com efeito, observa-se que a peça impugnatória não foi apresentada de forma conjunta com a empresa Indústrias Mecânicas Alvarco Ltda, arrolada no Termo de Sujeição Passiva de fl. 1.199, tampouco há instrumnto procuratório da referida empresa conferindo poderes de representação processual à empresa ora Recorrente, logo não assiste razão à Recorrente em pleitear direito de outrem, que embora regulamente intimado, declinou do direito de apresentar a peça processual que instaura o litígio na via administrativa.

Da inexistência de nulidade

Afirma a Recorrente que reitera os argumentos já aduzidos na peça impugnatória, visto que foram ignorados pela 4ª Turma da DRJ/RPO, em respeito aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

Da leitura da decisão de piso constata-se que além de proferida por autoridade competente, os argumentos trazidos em sede impugnatória foram minudentemente analisados, com fundamentação pertinente à matéria apreciada, bem como com a citação da legislação de regência, além da demonstração da situação do crédito tributário em lide, por período e tributo objetos da autuação.

Assim a r. turma julgadora demonstrou fundamentadamente a motivação de sua decisão respaldada ainda no suporte probatório do caderno processual, que entendeu suficiente para a cognição da situação fática, exercendo assim a prerrogativa da livre convicção motivada na apreciação das provas dos autos, conforme lhe assegura o 4º art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Ante as considerações acima não se vislumbra qualquer mácula na referida decisão, que enseje a declaração de nulidade, visto que além da observância da norma processual específica, Decreto nº 70.235, de 1972, as normas emanadas dos princípios constitucionais invocados foram plenamente asseguradas, de modo que rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela ora Recorrente em seu Recurso Voluntário.

Do pedido para juntada posterior de provas

Protesta o Recorrente pela posterior juntada de novos documentos e provas que se fizerem necessárias ao deslinde do feito.

A juntada posterior ao momento impugnatório, de provas ao processo somente encontra amparo se comprovadas às condições impostas no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito:

§ 4º 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 trazidas aos autos.

Observe-se que até o momento não houve a solicitação de juntada de documentos ao processo conforme será pertinentemente abordado na parte meritória.

Pedido de Perícia não-formulado x prescindibilidade

A contribuinte requer a realização de perícia contábil arguindo que o seu indeferimento cercearia seu direito de defesa.

É oportuno destacar quanto ao pedido de perícia que a Recorrente além de não formular os quesitos referentes aos exames pretendidos, nos termos do inciso ⁵IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, deixou de atender também às demais exigências expressas no referido inciso, quanto à solicitação de perícia; tal omissão é suficiente para que se considere não formulado o pedido, conforme respalda a disposição do artigo 16, IV, do diploma acima referido.

Ad argumentandum tantum, saliente-se que além dos requisitos previstos no art. 16, supra, deve ser analisado se o pedido de realização de perícias é considerado imprescindível à tomada de decisão para julgamento da lide, de acordo com o que dispõe o artigo 18 do mesmo diploma legal, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993:

“Art. 18 – A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, ‘in fine’.”

Nesse mister, é importante ressaltar que o deferimento de um pedido de diligência ou perícia, pressupõe a necessidade de se conhecer determinada matéria ou colher determinada prova, que o exame dos autos não seja suficiente para dirimir a dúvida, ou ainda que se faça premente uma análise que exija conhecimentos técnicos específicos, o que não é o caso dos autos, como restará demonstrada na análise de mérito.

Logo, na espécie em análise, constata-se que além do Recorrente não cumprir os requisitos legais ao solicitar a realização de perícia, o exame dos autos demonstra ser prescindível a realização de perícia ou mesmo de uma diligência, em face da existência de provas que permitem ao julgador a cognição dos fatos que motivaram o presente feito, bem como da clareza do tipo legal que rege a espécie dos autos, tal como se verifica na parte meritória da presente peça, motivo pelo qual ainda que houvesse o cumprimento dos requisitos previstos no art. 16 acima destacado o pedido de perícia/diligência dever ser indeferido nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.

⁵ O art. 16 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93, assim se pronuncia:
"Art. 16. 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.(redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.º (introduzido pelo art.1º da Lei nº 8.748/93). (grifei).

Logo, diante dos argumentos expostos e em face da tipicidade presente na espécie dos autos, resta superada a questão relativa à perícia ou diligência, diante dos fundamentos apresentados, com esteio nos artigos 16, IV, § 1º; 18 e 28 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação que lhes foi dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993.

MÉRITO

Conforme argumentos veiculados na peça recursal, constata-se que a questão meritória pode ser sintetizada no seguinte trecho : "...*assim, à sua maneira e sem qualquer fundamento legal, o fiscal procedeu ao lançamento de ofício sem verificar efetivamente o fato gerador e a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS*".

Como decorrência do argumento principal suscita o Recorrente que o auto de infração foi feito ao arrepio do artigo 142 do CTN, **sem provas, tributando outras receitas e que o agente fiscal não tinha certeza do lançamento que efetuara.**

Compulsando os autos, observa-se que o Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.170/1.179, peça processual integrante dos Autos de Infração de PIS e COFINS, fls. 1.180/1.187 e 1.186/1.196 é explícito quanto à legislação aplicável e minudente quanto aos fatos detectados.

Acrescente-se que além da descrição minudente, há uma farta instrução probatória acostada pela fiscalização, conforme fls.29 a 1.169, citadas a título exemplificativo [DIPJ/2008, Demonstração de Resultado de 2006 e 2007, Livros de Saída -2006 e 2007 (matriz)/ 2007 (filial), DACON 2006 e 2007 (meses 01/03), Razão PIS e COFINS a recuperar (matriz), DCTF (1º e 2º semestres 2006 e 1º semestre/2007), Contrato de Arrendamento, Distrato de Contrato de Arrendamento, Razão Arrendamento ALVARCO 2006 e 2007, Razão Duplicatas a Receber da ALVARCO, Razão com a baixa do ativo imobilizado da FIRE, entre outras.].

Da análise do Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.170/1.179 no qual estão indicadas as provas que dão suporte ao lançamento verifica-se que:

a) em atendimento ao Termo de Início do Procedimento Fiscal a empresa autuada disponibilizou à fiscalização os livros Diário, Razão de Entradas e Saídas dos anos de 2006 e 2007 do estabelecimento matriz (situado em Piracicaba/SP) e de 2006 da filial (Rio das Pedras/SP) e **justificou a não apresentação dos extratos bancários de 2006 por não encontrá-los;**

b) embora intimada e reintimada, conforme fls.08/26 a FIRE deixou de apresentar:

b.1 - as notas fiscais de vendas de autopeças para atacadistas, varejistas e consumidores, cujos produtos estavam sujeitos a alíquotas diferenciadas do PIS e da COFINS e, por isso, a Fiscalização considerou como bases de cálculo sujeitas à alíquota diferenciada aquelas declaradas nos respectivos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais (DACON) transmitidos à Receita Federal;

b.2 - a contabilidade em meio digital dos anos de 2006 e 2007.

c) a exigência formalizada nos autos de infração já destacados, tanto para a **Contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, apuradas pelo regime não-cumulativo**

correspondem à diferença entre o apurado pela Fiscalização com o declarado pelo sujeito passivo na DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais);

d) o faturamento mensal da FIRE, que constitui o fato gerador da Contribuição para o PIS/PASEP foi apurado, para o estabelecimento matriz, nos livros Registro de Saídas de 2006 e 2007, enquanto que para a filial, em 2006 no livro Registro de Saídas e para 2007, nas contas contábeis 3110100007 (venda de produtos no mercado interno) e 3110300008 (prestação de serviços no mercado interno). O Livro Registro de Saídas de 2007 da matriz, embora desencadernado e sem assinatura nos Termos de Abertura e Encerramento, foi aceito pela Fiscalização, pois seus valores encontram-se devidamente escriturados na conta contábil 3.1.0.10.101 Venda de produtos no Mercado Interno;

e) a apuração do PIS/PASEP a lançar de ofício foi demonstrado no citado termo no quadro a seguir reproduzido.

MÊS	A CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP (2,30%)	B CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP (1,65%)	C CRÉDITOS (DACON)	D CRÉDITO CONTÁBIL	E DCTF	F CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP A LANÇAR A+B-D-E
01/2006	9.677,42	14.283,40	23.508,15	23.582,10	0,00	378,72
02/2006	10.035,91	28.986,07	31.575,21	31.575,21	0,00	7.446,77
03/2006	12.582,39	27.399,24	24.659,22	24.603,13	7.063,18	8.315,32
04/2006	10.313,82	30.067,43	24.536,29	24.536,29	4.542,83	11.302,13
05/2006	13.429,13	29.000,77	26.842,11	26.842,11	9.777,07	5.810,72
06/2006	11.385,17	31.685,00	36.474,54	36.474,54	330,91	6.264,72
07/2006	11.253,48	45.445,15	11.963,43	27.817,97	0,00	28.880,66
08/2006	11.361,80	52.840,90	13.147,80	33.447,23	0,00	30.755,47
09/2006	11.258,63	40.827,92	11.972,58	35.413,11	0,00	16.673,44

Esclarece a fiscalização que com relação aos créditos a descontar da contribuição apurada nos termos do art. 3º da Lei 10.837, de 2002 entre 01/2006 a 06/2006, o total declarado nos DACON é o somatório do escriturado nas contas contábeis 1.1.0.30.510 PIS a recuperar (Matriz) e 1.1.3.03.0009.5 PIS a recuperar (filial 0003). No entanto, entre 07/2006 a 03/2007 o valor dos créditos demonstrados nos DACON é muito inferior àqueles escriturados contabilmente. Assim, a Fiscalização, verificando que as bases para o cálculo do crédito que melhor refletiam a atividade da empresa eram aquelas constantes da contabilidade, aceitou os créditos escriturados nas contas de PIS a recuperar (matriz e filial) para descontar da contribuição apurada (demonstrados na coluna CRÉDITO CONTÁBIL).

f) a apuração da COFINS a lançar de ofício foi demonstrada em quadro específico no citado termo.

O faturamento mensal, que constitui o fato gerador da COFINS, e as bases de cálculo com alíquotas normal e diferenciada foram apurados como já descrito no cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e demonstrado no primeiro quadro.

Esclarece a fiscalização que com relação aos créditos a descontar da contribuição apurada nos termos do art. 3º da Lei 10.833, de 2003 entre 01/2006 a 06/2006, o total declarado nos DACON é o somatório do escriturado nas contas contábeis 1.1.0.30.501 COFINS a recuperar (Matriz) e 1.1.3.03.0000.9 COFINS a recuperar (filial 0003). No entanto,

entre 07/2006 a 03/2007 o valor dos créditos demonstrados nos DACON é muito inferior àqueles escriturados contabilmente. Assim, a Fiscalização, verificando que as bases para o cálculo do crédito que melhor refletiam a atividade da empresa eram aquelas constantes da contabilidade, aceitou os créditos escriturados nas contas de COFINS a recuperar (matriz e filial) para descontar da contribuição apurada (demonstrados na coluna CRÉDITO CONTÁBIL).

MÊS	A COFINS (10,30%)	B COFINS (7,6%)	C CRÉDITOS (DACON)	D CRÉDITO CONTÁBIL	E DCTF	F COFINS A LANÇAR A+B-D-E
01/2006	45.441,80	65.790,20	108.279,96	108.620,58	648,48	1.962,94
02/2006	47.125,16	133.511,60	145.437,33	145.437,33	586,99	34.612,44
03/2006	59.082,55	126.202,60	113.581,87	113.323,51	34.191,39	37.770,25
04/2006	48.430,11	138.492,41	113.015,63	113.015,63	21.848,55	52.058,34
05/2006	63.058,52	133.579,31	123.636,39	123.636,59	46.236,91	26.764,33
06/2006	53.460,84	145.943,04	168.003,95	168.003,95	2.544,21	28.855,72
07/2006	52.842,43	209.323,15	55.104,28	128.131,28	0,00	134.034,30
08/2006	53.351,10	243.388,40	60.559,56	154.059,98	0,00	142.679,52
09/2006	52.866,65	188.055,91	55.146,41	163.114,93	0,00	77.807,63
10/2006	38.431,02	160.276,71	43.087,62	121.248,31	0,00	77.459,42
11/2006	53.473,38	169.987,78	35.214,22	115.862,55	0,00	107.598,61
12/2006	21.875,03	143.749,16	35.576,02	79.780,91	0,00	85.843,28

Cabe ainda destacar trechos da fundamentação da decisão de piso pela relevância na análise ora expandida, conforme excertos a seguir transcritos:(grifei).

Nos livros citados não há contabilização de “outras receitas”, como afirma a impugnante, mas sim, a escrituração da movimentação dos produtos da atividade fim da empresa.

A impugnante argumenta que houve tributação pela fiscalização das receitas de terceiros e podemos asseverar que não é admissível a incidência do PIS/Cofins sobre os ingressos que serão repassados a outras pessoas jurídicas, portanto, a Base de Cálculo apurada pela fiscalização para apuração do PIS/PASEP e COFINS é totalmente inviável.

Tal fato não ocorreu. No Termo de Informação Fiscal, fls. 1173 e 1174, é possível identificar no demonstrativo elaborado pela fiscalização a origem da base de cálculo tributável. Os valores são oriundos da matriz e da filial.

Das considerações e demonstrações acima, embora exemplificativas da situação fática arrolada na autuação, infere-se que os fundamentos da autuação, consignados no já citado Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.170/1.179, expõem com precisão a motivação da exigência tributária, inclusive quanto à sujeição passiva plural do presente processo, bem como quanto ao suporte fático que ensejou a exigência que ora se discute.

Assim, os Autos de Infração objeto do presente processo estão formalizados com observância das normas legais, tanto do ponto de vista material e processual, cumprindo

portanto a fiscalização o seu mister visto que atendeu às disposições do artigos ⁶º e 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e os requisitos do ⁷º artigo 142 do CTN.

Vale destacar que o conjunto probatório que dá suporte à ação fiscal deve ser cotejado com as razões e provas trazidos pela impugnante. Com efeito, ressalta a decisão de piso que "... Na sua impugnação, limitou-se a apresentar os seguintes anexos: DOC 01 – Cópia do Auto de Infração DOC. 02 Procuração; DOC. 03 - Documentos constitutivos (contrato social); DOC. 04 – Cópia de documento da OAB"].

Verifica-se assim que no presente caso a defesa além de não atender as prescrições do inciso III do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972 que estabelece que a impugnação mencionará [os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir], tampouco se utilizou da faculdade prevista no § 4º do art. 16 do mesmo diploma legal, acrescido pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 1997, que permite ao impugnante apresentar provas documentais em outro momento processual, **quando demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna**, por motivo de força maior, ou quando se refira a fato ou a direito superveniente ou, ainda, se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, o que não ocorreu, sendo portando incabível a arguição na peça recursal de que [após a apresentação da impugnação não foi intimada novamente para apresentação de novos documentos], haja vista que a decisão de piso, conforme já enfatizado ao demonstrar fundamentadamente a motivação de sua decisão, respaldou-se no suporte probatório do caderno processual, que entendeu suficiente para o julgamento da lide, conforme lhe assegura o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Embora o já destacado Decreto nº 70.235, de 1972 disponha no § 6.º do art. 16 que [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.], não se constata nos autos documentos apresentados pela Recorrente a serem apreciados por essa colenda turma recursal.

Ressalve-se que o sistema de apreciação das provas adotado no processo administrativo fiscal, consubstanciado no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972 é o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro que é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado. Como pontua ⁸Daniel Amorim, em consequência do livre convencimento motivado o julgador é livre para formar seu convencimento, dando portanto às provas o peso que entender cabível em cada processo, sem existir hierarquia entre os meios de prova.

Assim restando demonstrado que a Recorrente permaneceu silente quando da oportunidade processual de trazer a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da

⁶ Art. 9.o. A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009)

⁷ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

⁸ Neves, Daniel Amorim Assumpção em manual de direito processual civil – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, pág.425.

exigência *sub examine* subsiste a prova trazida aos autos na ação fiscal, colhida vale ressaltar, da própria escrituração dos livros da Recorrente disponibilizados à fiscalização.

Da multa qualificada

Conforme relatado insurge-se a Recorrente quanto à multa qualificada nos seguintes aspectos. Que a legislação não é aplicável à época dos fatos arrolados na autuação e ainda que o percentual além de desarrazoado e desproporcional é um esbulho tributário confiscatório. Como argumento complementar pleiteia a redução da multa em atenção aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco e aplicação do artigo 112 e incisos II e IV do CTN.

Com relação aos princípios constitucionais supostamente violados (proibição de confisco, razoabilidade e proporcionalidade), falece competência ao julgador administrativo a análise dessa matéria, com matiz constitucional, por força do artigo 62 do RICARF, bem como em face da Súmula CARF nº 2, aplicada no tocante a essa matéria como razão de decidir:

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

No que diz respeito à vigência da lei aplicável aos fatos, verifica-se dos excertos a seguir que não há reparos no feito fiscal no tocante a esse aspecto:

Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.178/1.179

Ao declarar em DCTF tributos com valores muito inferiores daqueles que o próprio sujeito passivo apurou em sua contabilidade, fica claro para a Fiscalização que os sócios administradores da FIRE, agindo em conluio (art. 73 da Lei 4.502/64), procuraram impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária do montante real dos tributos devidos (art. 71 da Lei 4.502/64). Por isso, a multa aplicada será de 150% (cento e cinquenta por cento), em consonância ao art. 44, II da Lei 9.430/96 (para fatos geradores ocorridos até 21/01/2007) e art. 44, I e §1º da Lei 9.430/96, na redação dada pela Medida Provisória nº 351/07 (convertida na Lei 11.488/2007), para os fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007.(grifei).

Aclare-se que a penalidade aplicada pela fiscalização, conforme fundamentação expressa no aludido Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.178/1.179, tem seu escopo legal na Lei nº 4.502, de 1964, tendo a Lei nº 9.430, de 1996, com as alterações respectivas, apenas conferido uma redação diferente ao fazer referência aos fatos previstos na referida Lei nº 4.502, de 1964, deixando de mencionar o percentual de 150% e passando a adotar a nomenclatura de duplicidade do percentual de 75% para as situações fáticas que se subsumem aos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Vejamos.

- Lei nº 9.430, de 1996, sem as alterações da Lei nº 11.488/2007:

Multas de Lançamento de Ofício

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

II-cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

- Lei nº 9.430, de 1996, com as alterações da Lei nº 11.488/2007:

Multas de Lançamento de Ofício

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Portanto a legislação foi corretamente aplicada aos fatos apurados pela fiscalização.

Quanto à redução pretendida, cabe ressaltar que a cominação de uma penalidade, é matéria adstrita à reserva legal, conforme art. 97, V, do Código Tributário Nacional – CTN devendo haver em decorrência do princípio da estrita legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese legal.

Com efeito, em decorrência da situação fática dos autos, verificando a fiscalização que os tributos declarados ao fisco através de DCTF eram em montante inferiores ao apurado na contabilidade do próprio contribuinte, situação fática incontroversa já que os argumentos em sede recursal não permeiam a inoccorrência desses fatos e sim a violação aos princípios constitucionais da proibição de confisco, razoabilidade e proporcionalidade, constatou e demonstrou fundamentadamente que não se tratava apenas de uma mera diferença não recolhida, cuja incidência estaria lastreada pelo inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, mas se subsumia às hipóteses tipificadas na Lei nº 4.502, de 1964, como restou consignado no excerto acima transcrito do Termo de Informação Fiscal, de fls. 1.178/1.179.

Assim estando demonstrado pela fiscalização a tipicidade no caso em análise, por força da vinculação de seus atos, em observância ao princípio da estrita legalidade, lançou a diferença dos tributos e a respectivas multa cabível, *ex vi* do art. 142 do CTN, não merecendo assim, reparos o feito fiscal.

Por fim, diante do exposto infere-se de pronto a inaplicabilidade do art. 112 do CTN. Nesse ponto aclare-se que a interpretação benigna autorizada pelo art. 112 do CTN têm pressupostos de aplicabilidade, conforme dispõem seus incisos [Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, **interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida** quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação], os quais não se vislumbram no presente processo, uma vez que se encontram minudentemente demonstradas no Termo de Informação Fiscal, fls.1.170/1.179 as circunstâncias fáticas objeto da presente autuação e o *modus operandi* utilizado com vistas à declaração de valores muito inferiores aos registrados pelo sujeito passivo em sua própria contabilidade, restando assim demonstrado por fundamentos fáticos e jurídicos a pertinência da exigência ora em exame, inexistindo portanto dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos ou quanto à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Por todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

[Assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar