



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

**Processo nº** 13896.720312/2014-51  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-002.106 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 09 de agosto de 2016  
**Matéria** Arbitramento do Lucro  
**Recorrente** AIR CONDITIONING TECNOLOGIA E SISTEMAS EIRELI  
**Recorrida** Fazenda Nacional

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2010

PRELIMINAR DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado ao contribuinte, não determinam nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA. O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula nº 02 do CARF).

AGRAVAMENTO DA MULTA. ART. 44, § 2º, DA LEI Nº 9.430/96. Não tendo o fiscalizado atendido, no prazo fixado, as intimações da fiscalização, deve a multa de ofício ser agravada em 50%.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. ART. 44, § 1º, DA LEI Nº 9.430/96. Estando devidamente consubstanciado nos autos a atividade fraudulenta do contribuinte, o percentual de multa deve ser duplicado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso voluntário. Ausente momentaneamente o Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

(documento assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Presidente.

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

Autenticado digitalmente em 08/09/2016 por MARCOS PAULO LEME BRISOLA CASEIRO, Assinado digitalmente

em 10/09/2016 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 08/09/2016 por MARCOS PAULO LEME BRISOLA CASEIRO

OLA CASEIRO

Impresso em 12/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(documento assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha (Presidente), Flavio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Milene de Araújo Macedo, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

## Relatório

Cuida o presente processo de autos de infração (fls. 53/102) decorrentes de arbitramento do lucro por inexistência de escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, sendo exigidos IRPJ, CSLL e, por via reflexa, PIS e COFINS relativos ao ano-calendário de 2010.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 103/113), foi lavrado o Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF em 06/02/2013, cuja ciência pessoal do procurador da Recorrente ocorreu em 07/02/2013.

A empresa solicitou, em duas vezes consecutivas, a concessão de dilação de prazo para atendimento da intimação, tendo o agente fiscal concedido, primeiramente, 45 dias de prazo e, depois, mais 15 dias.

Em 30/04/2013, a empresa apresentou parte dos documentos solicitados, a saber: DACTON, DCTF e memória de cálculo do PIS e da COFINS relativos ao ano-calendário de 2010. Em 08/05/2013, foram apresentadas notas fiscais para o mesmo período.

Na seqüência, foram lavrados, e dada ciência ao contribuinte, dos Termos de Ciência e Continuidade da Ação Fiscal nº 01 e 02, bem como o Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 01, o qual solicitou uma série de documentos e esclarecimentos.

Em 27/09/2013, a empresa solicitou dilação de prazo de 07 dias para responder ao Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 01. Após vencido o referido prazo, sem que a empresa tivesse apresentado quaisquer esclarecimentos, foram lavrados os Termos de Ciência e Continuidade da Ação Fiscal nº 03 e 04.

No dia 30/01/2014, a empresa apresentou petição trazendo algumas considerações sobre os termos até então lavrados. Dentre as informações prestadas, destaca-se o fato de a empresa ter assumido não possuir estrutura para manter contabilidade no lucro real, razão pela qual alterou seu regime de tributação para o lucro presumido, estando desobrigada da entrega do SPED e do LALUR.

Ademais, a fiscalizada não foi capaz de trazer esclarecimentos quanto à DIPJ e ao aumento de capital por não possuir os documentos necessários. Informou, ainda, não ter balanços fechados e balancetes contábeis dos anos de 2010 a 2012 e que estava providenciando os contratos sociais solicitados e a descrição detalhada dos imóveis e veículos da empresa.

Ocorre que a autoridade autuante alega que a empresa optou pelo lucro real em sua DIPJ do ano-calendário de 2010 e recolheu o imposto sob o código 5993 (IRPJ –

Optantes pela Apuração com Base no Lucro Real - estimativa), sendo, por conseguinte, descabida a informação prestada quanto à alteração do regime para o lucro presumido.

Decorrido mais de um ano do início da fiscalização sem que restasse comprovada a transmissão da Escrituração Contábil Digital – ECD ao SPED e sem que tenha sido entregue qualquer forma de escrituração contábil, a autoridade autuante procedeu ao arbitramento do lucro, de acordo com a legislação tributária pertinente.

Os lançamentos foram calculados com base nas notas fiscais apresentadas, sendo considerados os tributos retidos na fonte para fins de dedução do valor apurado.

Além disso, foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 246/248) ao Sr. Ademir Barchetta, sócio da empresa autuada, por força do art. 124, I, e do art. 135, III, do CTN, uma vez que a autoridade autuante considerou que o responsável solidário agiu de forma fraudulenta quando: **(i)** transmitiu a DIPJ do ano-calendário de 2010 com o valor da receita muito abaixo do valor apurado nas notas fiscais emitidas; **(ii)** deixou de apresentar o DACON para o ano-calendário de 2010; **(iii)** apresentou a DCTF declarando somente o imposto de renda retido na fonte, e **(iv)** deixou de recolher os tributos federais devidos.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 257/287), cujas alegações foram sintetizadas pela decisão de 1º instância da seguinte forma:

Em sua impugnação, de fls. 257/287, a interessada afirma que houve entendimento equivocado por parte da fiscalização no que diz respeito ao aumento de capital, que efetivamente houve. Alega, em preliminar, que o procedimento fiscal encontra-se eivado de nulidades, pela aplicação de multa em percentuais abusivos e ilegais, por ultrapassar os limites do procedimento previsto na IN SEF 228/2202 e por ferir os ditames procedimentais previstos na legislação pertinente. Recorre ao artigo 37 da Constituição Federal, para subsidiar o seu entendimento de que houve desrespeito aos prazos legais por parte da fiscalização e cerceamento de defesa (...)

Acrescenta que houve clara ofensa ao princípio da vedação ao confisco (Art. 150, IV da CF/88) e que a multa imposta caracteriza-se pela desproporcionalidade, irrazoabilidade e pretensão confiscatória, pelo que deve ser anulada.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ/BHE decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade, considerar não impugnada a indicação de responsabilidade solidária do sócio Ademir Barchetta, bem como o mérito do presente lançamento de ofício, vale dizer, o arbitramento do lucro em decorrência da falta de apresentação dos documentos e livros fiscais, o agravamento da multa em 50% pelo não atendimento das intimações, a qualificação da multa e a aplicação da multa por não transmissão da Escrituração Contábil Digital, mantendo, por consequência, integralmente o crédito tributário.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 330/347), no qual repisa os argumentos trazidos em sede de impugnação e alega que o arbitramento do lucro fere os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da vedação ao confisco, dignidade da pessoa humana e da proibição de bi-tributação.

Não foram apresentados quaisquer argumentos com a finalidade de combater a multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da ausência de entrega da ECD.

Apenso aos autos, tramita o processo nº 13896.720317/2014-84 referente à representação fiscal para fins penais.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro,

O Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Primeiramente, impende destacar que, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional – CTN, os recursos do processo tributário administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

Deve, portanto, ser suspensa a exigibilidade do crédito discutido nesses autos até que seja proferida decisão definitiva, não sendo necessários maiores esclarecimentos quanto a este ponto.

### 1. PRELIMINAR DE NULIDADE

Em seus pedidos, a Recorrente requer seja declarada a nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, assim como dos demais atos dele decorrentes, por conter vícios.

É importante citar que o contribuinte não trouxe em suas razões de recurso quaisquer argumentos que explicassem ou dessem respaldo aos vícios a que se refere em seus pedidos finais.

Considerando-se a preliminar de nulidade que foi exposta em sede de impugnação, considero incorrigível o quanto decidido pela DRJ, razão pela qual transcrevo o voto em relação a este ponto:

### II – DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A impugnante afirma que o auto de infração teria “sido lavrado e lançado na internet em 4 de fevereiro” e que “Isso demonstra ofensa ao Princípio da Ampla Defesa e da Legalidade” Ainda que se admita - e esta hipótese é tão somente para efeitos didáticos - a real ocorrência dos fatos apontados pela defesa, tal circunstância não teria o condão de determinar a nulidade pretendida.

No que diz respeito ao direito de defesa e ao contraditório, destaque-se que ação fiscal, no que tange à produção de provas, é conduzida de forma unilateral pela autoridade fiscal, independentemente do contraditório e muito menos da participação direta e decisiva do fiscalizado. Obviamente, em muitos casos, a fiscalização, se entender necessário, poderá intimar o sujeito passivo a manifestar-se a respeito dos fatos apurados, com a finalidade de delimitar o curso da ação fiscal. Assim é que foram emitidos vários termos de intimação e realizadas diligências. Entretanto, não se trata de contraditório. Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado à contribuinte, não determinam nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente, pois tais direitos só se

estabelecem com a instauração da fase litigiosa mediante impugnação da exigência, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972.

A impugnante tem ciência dos autos de infração em 13/02/2014, fls. 250. Apresentada a defesa, instaura-se a fase litigiosa, permitindo, por consequência o amplo direito à defesa e ao contraditório. Nesta fase, são examinados – como estão sendo – os argumentos apresentados pela defesa.

No que diz respeito ao Princípio da Legalidade, melhor sorte não assiste à impugnante.

Os requisitos formais da atividade de lançamento encontram-se disciplinados tanto no Código Tributário Nacional - CTN, como no Decreto nº. 70.235, de 06 de março de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal. Ei-los.

#### "CTN

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.

Por sua vez, prescreve o Decreto nº. 70.235, de 1972, "verbis":

"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;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Nenhum destes requisitos (essenciais à formalização da peça fiscal) faltou na lavratura dos autos constantes do presente processo.

A impugnante ainda propugna pela nulidade sob o argumento de que houve supressão de prazo, uma vez que o auditor fiscal concedeu prazo até o dia 31 de janeiro de 2014 e no dia 30 de janeiro a sua procuradora compareceu à DRF com o objetivo de comunicar a conclusão dos trabalhos de "execução do Balanço Patrimonial."

Conforme consta do processo, os procedimentos de fiscalização tiveram início em 07/02/2013, com a intimação para a apresentação da escrituração e respectivos documentos.

Reiteradamente intimada, permaneceu na omissão. Em 30/01/2014 houve manifestação da impugnante informando que, por não ter estrutura para manter a contabilidade no Lucro Real, mudaria seu regime para o Lucro Presumido.

Acrescente-se que a impugnante tem ciência dos autos de infração em 13/02/2014. Como se vê, a impugnante oferece uma visão totalmente distorcida que não lhe oferece qualquer sustentação para sua pretensão de nulidade.

Segundo os dizeres da lei, somente os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa é que são nulos. Ao contrário, o ato não é nulo e será saneado apenas quando resultar em prejuízo para a defesa.

Como já se viu, nenhum prejuízo teve o contribuinte, o qual, tendo conhecimento dos autos de infração contra ele lavrados, defendeu-se.

Constata-se, pois, que a autoridade administrativa, verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributária, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, propôs a aplicação da penalidade que entendeu cabível, constituiu o crédito tributário e deu ciência à impugnante, sem qualquer ofensa aos preceitos legais.

Por oportuno, registre-se o equívoco da impugnante ao citar a IN SRF 228/2002, alegando que a fiscalização teria ultrapassado os limites procedimentais estabelecidos. Esta Instrução Normativa dispõe sobre procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas.

## 2. ARBITRAMENTO DO LUCRO

O contribuinte aduz que o arbitramento do lucro, da forma realizada, fere os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da vedação dos efeitos confiscatórios, da dignidade da pessoa humana e da proibição de bi-tributação.

Conforme dispõe a Súmula nº 02 do CARF, este Colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim sendo, os argumentos trazidos pelo contribuinte a fim de afastar o arbitramento do lucro não podem ser reconhecidos nesta decisão, devendo, portanto, ser mantida a autuação neste ponto.

## 3. AGRAVAMENTO DA MULTA

### 3.1. ART. 44, § 2º, DA LEI Nº 9.430/96

O Recorrente alega que a multa aplicada é desproporcional, desarrazoada e possui efeito confiscatório por representar mais de 200% do valor do imposto cobrado, razão pela qual deve ser reconhecida a improcedência da multa aplicada.

Em relação a este argumento, cumpre lembrar que o CARF não é competente para se manifestar quanto à inconstitucionalidade de lei tributária, razão pela qual as alegações de ofensa a princípios constitucionais não possui o condão de afastar a penalidade aplicada ao contribuinte.

No que tange ao agravamento da multa, na forma do art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96,<sup>1</sup> o contribuinte sustenta que respondeu as solicitações quando intimado e prestou todos os esclarecimentos solicitados pelo agente autuante.

<sup>1</sup> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

§ 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)

Por sua vez, a autoridade fiscal alega que, em várias oportunidades, o contribuinte apresentou informações de forma parcial, bem como apresentou esclarecimentos de caráter meramente protelatório ou de forma intempestiva.

Compulsando os autos, observa-se que a Recorrente não atendeu alguns dos prazos fixados para apresentar respostas às intimações fiscais. Vejamos:

O contribuinte tomou ciência do Termo de Intimação Fiscal nº 01 (fls. 186/190) em 05/09/2013. Sendo concedido prazo de 20 dias para atendimento, tem-se que o prazo fatal para apresentação de esclarecimentos seria o dia 25/09/2013. Contudo, foi apresentado pedido de dilação do prazo somente em 27/09/2013 (fl. 191).

O mesmo ocorreu em relação ao Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 168/170), cujo prazo para atendimento de parte da solicitação era de cinco dias. A ciência se deu em 07/02/2013, contudo somente foi apresentado pedido de dilação de prazo em 21/02/2013, sendo, novamente, intempestiva a resposta.

Ademais, em 27/11/2013, foi emitido o Termo de Ciência e Continuidade da Ação Fiscal nº 03 (fls. 192/193), no qual o agente fiscal atesta que a empresa solicitou, em 27/09/2013, mais 07 dias de prazo para atendimento do TIF 01, o qual se expirou em 04/10/2013. Entretanto, nenhum documento ou esclarecimento foi prestado pela empresa até 27/11/2013.

Em 22/01/2014, foi lavrado o Termo de Ciência e Continuidade da Ação Fiscal nº 04 (fl. 194), em que o agente fiscal novamente atesta a ausência de resposta do contribuinte ao TIF 01.

Portanto, não tendo o fiscalizado atendido, no prazo fixado, as intimações da fiscalização, deve a multa de ofício ser agravada em 50% nos termos do art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

### 3.2. ART. 44, § 1º, DA LEI Nº 9.430/96

Em seu recurso, o contribuinte alega que não ficou comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação para aplicação da multa qualificada. Impende, portanto, conhecer da matéria neste julgamento.

A qualificação da multa, na forma prevista pelo § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96,<sup>2</sup> pode ser aplicada tão-somente aos casos em que o contribuinte incorra em uma das hipóteses descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

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 2007)

Não pode ser presumida pela autoridade fiscalizadora a atividade de sonegação, fraude ou conluio, devendo o lançamento da multa qualificada de 150% ser minuciosamente descrito e comprovado pelo agente fiscal.

No caso em questão, a autoridade autuante afirmar, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 103/113), que a conduta fraudulenta do contribuinte decorre dos seguintes fatos: **(i)** transmissão a DIPJ do ano-calendário de 2010 com o valor da receita muito abaixo do valor apurado nas notas fiscais emitidas; **(ii)** não apresentação do DACON para o ano-calendário de 2010, antes do início da ação fiscal; **(iii)** apresentação da DCTF declarando somente o imposto de renda retido na fonte; **(iv)** não recolhimento dos tributos federais devidos; e **(v)** ausência de esclarecimentos sobre diversos valores informados na DIPJ.

Resta claro, pois, a intenção do contribuinte em fraudar o fisco, uma vez que foi declarado somente 53,49% de sua receita operacional, além de todas as infrações relativas às obrigações acessórias. Assim sendo, entendendo estar devidamente consubstanciado nos autos a atividade fraudulenta do contribuinte, razão pela qual julgo procedente a aplicação de multa qualificada, nos termos do § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96.

Ante todo o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcos      Paulo      Leme      Brisola      Caseiro      -      Relator

---

§ 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.