



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

Processo nº 14751.000008/2005-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3803-001.759 – 3ª Turma Especial
Sessão de 01 de junho de 2011
Matéria PIS/COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente CONSTRUÇÕES ANDRINA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 30/09/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000.

DECADÊNCIA.

Decai em 5 (cinco) anos a contar do fato gerador o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, na hipótese de ocorrência de pagamentos.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/02/2001 a 28/02/2001, 01/07/2002 a 31/07/2002, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/05/2003 a 31/05/2003

NULIDADE. PEDIDO DE PERÍCIA.

Estando os atos administrativos consubstanciadores do lançamento revestidos de suas formalidades essenciais e, não tendo restado comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal. Pedido de perícia inepto. Análise e rejeição pela decisão de piso. Considerado não formulado nos termos do PAF.

MATÉRIA NÃO-IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º 3º DA LEI Nº 9.718/98. EFEITO.

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, não se instaurando a lide.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente.

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa - Relator.

Participaram ainda da sessão de julgamento os conselheiros Alexandre Kern, Hécio Lafetá Reis, Andréa Medrado Darzé, Juliano Eduardo Lirani e João Alfredo Educação Ferreira.

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário contra o Acórdão de nº 11-21.541 - 2ª Turma da DRJ/Recife-PE, de 30 de janeiro de 2008, fls. 503 a 516, que considerou procedente em parte o lançamento de PIS e de COFINS.

Os lançamentos se deram por insuficiência de recolhimentos, diferenças não declaradas em DCTF. As bases de cálculo das contribuições foram obtidas do Livro Registro dos Serviços Prestados, cópias em anexo.

Em sua impugnação, a interessada inicia vinculando os argumentos expendidos aos processos administrativos de nos 14751.000010/2005-80 (relativo ao auto de infração do IRPJ e reflexos), 14751.000008/2005-80 (PIS) e 14751.000009/2005-80 (COFINS), sendo a maior parte do seu conteúdo relativa ao processo que trata do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e reflexos, já julgado pela 3ª Turma da DRJ/Recife.

Alegou em sua defesa que:

a) não localizou o processo referente à CSLL;

b) a fiscalização não considerou todos os documentos relativos a despesas;

c) os valores depositados nas contas de procuradores destinaram-se a diversos pagamentos, embora muitos deles não tenham sido contabilizados. Foi tomado empréstimo particular para início das obras, além de outros, porém os sócios não celebraram os mútuos;

d) todos os valores levados pelo auditor para o lucro líquido sofreram dupla tributação pelo mesmo valor considerado para o imposto na fonte. Isso significaria que a empresa não teve despesas e que todo o lucro foi distribuído. Praticou-se, assim, excesso de exação;

e) o autuante provou que o sócio da autuada fez retiradas, as quais retornaram para apuração do lucro líquido, base para cobrança do IRPJ. Esse mesmo valor foi lançado no

IRRF, quando a retirada era de pessoa conhecida, que a movimentou de "certa forma ilegítimamente, mas não ilegal";

f) gastos não foram contabilizados pela empresa, porém não se trata de pagamento imotivado;

g) as despesas não contabilizadas têm como ser provadas para a apuração do lucro real;

h) o confisco é vedado pela Constituição; o valor exigido é 2,4 vezes a receita bruta da empresa; o arbitramento seria menos oneroso;

i) decaiu o direito de lançar o IRRF, que tem como fato gerador o próprio mês de recolhimento, pois a empresa foi intimada em 02/01/2006; pela mesma razão, o IRPJ não poderia ter sido lançado para o ano-calendário de 2000;

j) agravamento da multa, além do caráter confiscatório, não caberia pelo fato de a empresa ser primária.

k) a inclusão dos procuradores e do advogado da empresa como responsáveis solidários e como representados para fins penais, com a exclusão dos verdadeiros donos, constitui prévia decisão do autuante, que assumiu o papel de julgador; não está provado o interesse comum de nenhum dos arrolados;

l) são insubsistentes a solidariedade tributária dos procuradores e a exclusão dos verdadeiros sócios da empresa;

m) é falsa a informação constante do termo de encerramento de que os livros teriam sido devolvidos;

n) a empresa teve prejuízos entre os anos de 2000 e 2002, ano em que, na prática, desativou-se pela incapacidade financeira; o relatório fiscal restringe-se a amostragem referente a 2002;

o) parte do faturamento não estava contabilizada, porém todo o dinheiro que passou pelas mãos dos procuradores destinou-se à empresa;

p) o lançamento é nulo em face da incompatibilidade de datas entre o auto de infração, o termo de encerramento, o relatório de trabalho fiscal e o edital de intimação, bem assim em face da desobediência a ordem judicial que determinou a análise de novos documentos antes do prosseguimento da exação;

q) a tributação deveria ser calculada pelo lucro presumido, excluindo-se a movimentação financeira do sócio da empresa, vez que os valores em seu poder retornaram para a empresa através de pagamentos diversos;

r) cerceamento do direito de defesa; a empresa apresentou documentos que não foram considerados pela fiscalização nem lhe foram devolvidos, impedindo-a de apresentá-los na impugnação;

s) a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte representa bitributação.

Ao final, requereu que a impugnação específica do relatório de fls. 68/253 seja aplicável, no que couber, às matérias constantes das preliminares e as de mérito.

No que tange às preliminares, listou:

a) exclusão dos procuradores do pólo passivo da relação tributária e inclusão dos sócios que constam do contrato social da pessoa jurídica;

b) nulidade dos autos de infração;

c) exigência tributária excessivamente onerosa, eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade;

d) decadência de todos os tributos do ano-calendário 2000, por ter sido intimada apenas em 03/03/2006.

Quanto ao mérito, arguiu a decadência do Imposto de Renda Retido na Fonte— IRRF, bem como do IRPJ e reflexos, relativos ao ano-calendário 2000 e, ainda requer:

a) anulação de todos os tributos considerados como pagamento a beneficiário não identificado;

b) redução da multa de ofício de 150% para 75%; revisão da exação, a ser calculada mediante arbitramento; iv) a improcedência do lançamento do IRRF por representar bitributação;

c) realização de perícia nos documentos que não foram considerados pelo autuante sem a devida justificativa.

Em seu julgamento, a DRJ/Recife destacou que os presentes autos de infração não constituem reflexos do lançamento relativo ao IRPJ, que constituiu o processo administrativo nº 14751.000010/2005-80, e sim lançamentos autônomos, motivados pela identificação de diferenças entre valores escriturados e os declarados/pagos, cujas bases de cálculo foram no Livro Registro dos Serviços Prestados.

Observou que apenas algumas das preliminares levantadas bem como algumas das alegações acerca do mérito aplicam-se aos lançamentos do PIS e da Cofins formalizados nos presentes autos, e salientou que a autuada não se pronunciou quanto aos valores exigidos, salvo no que se refere à multa de ofício.

“Em relação aos valores apurados nos presentes autos de infração, a impugnante silenciou, tendo, assim, deixado de exercer seu direito de defesa e, por via de consequência, concordado tacitamente com a autuação.” E evocou a regra contida no artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, que rege o Processo Administrativo Fiscal, nos seus termos: *‘Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.’*

Quanto às preliminares de:

a) nulidade - deixou claro que os demonstrativos apresentados pela fiscalização alicerçaram-se no Livro Registro dos Serviços Prestados (cópias às fls.58/96 e 236/274), bem assim nos Livros Diários (cópias às fls.97/166 e 275/344), e, tendo verificado que as exigências legais para a lavratura do Auto de Infração foram cumpridas, concluiu que todos os requisitos estatuídos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo

Administrativo Fiscal (PAF), foram cumpridos. Assim, rejeitou a preliminar, considerando não ter ocorrido quaisquer das situações arroladas no art. 59 do decreto citado.

b) decadência - anotou que a ciência deste autos de infração deu-se em 10/12/2005, 15 (quinze) dias após a publicação do edital; consoante a regra estampada no art. 23, § 2º, do Decreto nº 70.235, de 1972. A data considerada pela impugnante, 03/03/2006, refere-se ao processo nº 14751.000010/2005-80, ou seja, os relativos ao IRPJ e reflexos.

Considerou a contribuição para o PIS, assim como a Cofins, inserida no rol das contribuições destinadas a financiar a seguridade social. Desse modo, aplicou a norma específica da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em seu art. 45, que atribuiu o prazo de 10 (dez) anos para decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário aludido.

Sobre a multa de ofício, a insurgência da autuada foi quanto ao percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), requerendo seu desagravo para 75% (setenta e cinco por cento), por ser primária. Referiu a decisão recorrida - após discorrer sobre a natureza jurídica da multa de ofício e que sua exigência não lhe conforma o caráter de não-confisco - que a cobrança nestes autos já se dava pelo valor correspondente a 75% (setenta e cinco) por cento). A multa qualificada fora aplicada no lançamento relativo ao IRPJ e seus reflexos.

Quanto à constitucionalidade de atos, aí incluída a alegada natureza confiscatória da exigência e da atividade vinculada, consignou que constitui matéria que escapa à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para apreciar a validade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico, competência esta atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário. E ante a prática de infração, como no caso vertente, impõe-se a lavratura do auto de infração pela autoridade fiscal, a quem cumpre efetuar o lançamento, que constitui atividade vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142 do CTN.

Quanto à inclusão no pólo passivo da relação tributária, na condição de responsáveis solidários - as três pessoas físicas ali relacionadas - esclareceu que os Termos de Sujeição Passiva (cópias às fls. 423, 426 e 429) mencionam apenas o supramencionado processo nº 14751.000010/2005-80. Por isso, essa matéria não foi apreciada.

Sobre o pedido de perícia a autuada requereu perícia nos documentos apresentados, os quais não teriam sido considerados pelo autuante sem a devida justificativa, verificou que a autuada não atendeu integralmente aos requisitos do inciso IV, art. 16, do Decreto nº 70.235, de 1972, na apresentação do seu pedido de perícia, pois apenas indicou o perito, mas não formulou quesitos. Do que, considerou como não formulado.

Das decisões judiciais e administrativas e da doutrina, anotou, relativamente às primeiras, serem seus efeitos restritos às partes integrantes dos processos, e quanto à última, a doutrina, assentou que nem a mais abalizada pode ser oposta ao texto legal.

Cientificada de decisão em 18 de maio de 2008, irresignada, apresentou a interessada o recurso voluntário de fls. 520 a 556, em 16 de abril de 2008, em que:

a) reitera as nulidades do auto de infração, em face da:

a.1) do cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de que a autoridade recorrida sequer analisou o pedido de perícia, uma vez que cumprira todas as formalidades;

a.2) inconstitucionalidade e do § 1º, do artigo 3º, da lei nº 9.718/98 declarada pelo STF.

b) levanta a preliminar de decadência, fundada no art. 150, § 4º, do CTN;

c) no mérito, acusa o Fisco de ter promovido o lançamento, com fulcro numa presunção de lançamento indevido, ou incompleto, sem que antes detenha elementos seguros de prova capazes de justificar a exigência, não podendo apoiar-se, portanto em suposições, conjecturas e muito menos em presunções, como a regra que se extrai da redação do artigo 142 do CTN. Deve fundamentar-se o ato administrativo em fatos concretos, demonstrados, susceptíveis de comprovação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Belchior Melo de Sousa

O recurso é tempestivo. Quanto ao que dele se conhece desenvolve-se a seguir.

Com efeito, os autos de infração sob juízo não são reflexos do lançamento do IRPJ, mas por, nas verificações obrigatórias, terem sido detectadas diferenças entre valores escriturados e valores declarados/pagos, diferenças essas obtidas mediante apuração das contribuições devidas, cujas bases de cálculo foram obtidas no Livro Registro dos Serviços Prestados. Pressuposto porquê também ora se torna alvo de apreciação o recurso voluntário interposto.

Com razão a decisão recorrida em sua abordagem inicial, ao afirmar que a defesa constituiu-se em peça para contestar sobremaneira o auto de infração de IRPJ e reflexos, processo nº 14751.000010/2005-80, em nada se manifestando no mérito contra os presentes lançamentos.

Até mesmo o seu pedido de realização de perícia, a primeira preliminar levantada no recurso voluntário, denota a centralidade desse foco dado à defesa, conforme se depreende dos termos da solicitação, abaixo transcrita, sem embargo da correta aplicação do art. 16, inciso IV do Decreto nº 70.235, de 1972, pela decisão de piso - que analisou, sim, o pedido - pelo não cumprimento das formalidades pela impugnante:

REQUER alfim, PERÍCIA nos documentos já apresentados pela autuada e não considerados pelo autuante, sem a devida justificativa (ver provas 06,08, 09,12, fls. 83), configurando cerceamento de defesa e onerosidade, eis que foram retidos pelo fisco conforme prova nº 29, e mais outros, que foram entregues mas não foram relacionados por falta de tempo, todos não apensados a esta impugnação por falta de devolução requerida, com ferimento da Constituição Federal e da LEI Nº 9.051, DE 18 DE MAIO DE 1995, como demonstrado na 6ª PRELIMINAR (págs. desta peça 44/46), com fulcro no artigo 16, inciso IV, do Dec. 70235/72, tendo em vista que, até o presente, uma

quantidade superior a 5.000 documentos retidos, não considerados para redução do lucro líquido e para redução do imposto de renda na fonte, estendendo-se a PERÍCIA também à análise das Medições de Obra constantes das provas 05 e 28, e assim, designa o Técnico Contábil, Sr. Dr. FERNANDO ANTONIO FERREIRA, CRC-717-PB. CPF 040.275.584-72, brasileiro, casado, técnico contábil, estabelecido na Rua Desembargador José Peregrino, 115, Térreo, Centro, João Pessoa — PB, CEP 58013-500 como perito e incluindo a formulação dos quesitos DOCUMENTO 31, do conjunto de provas. [g.n]

Como se vê, o pedido é, de fato, inepto, e assim foi valorado pela decisão recorrida. Cai por terra, pois, a preliminar levantada quanto à nulidade da decisão por falta de análise do pedido.

Quanto à decadência, com razão a recorrente. Uma vez que o auto de infração foi lavrado sobre insuficiências de pagamento, aplicável ao caso a regra do art. 150, § 4º, do CTN, sobretudo quando o fundamento de que se serviu a decisão combatida, já se encontra soterrado pela Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.

A ciência dos autos deu-se em 10/12/2005, 15 (quinze) dias após a publicação do edital, conforme anotado pela DRJ/Recife, e não em 02/03/2006, como entende a recorrente, eis que a suspensão de prazo para apresentação de documentos e do procedimento fiscal se deu apenas em relação ao processo administrativo 14751.000010/2005-80, consoante excerto da decisão judicial, transcrita no relatório Fiscal de fl. 422:

*Diante do exposto, defiro **parcialmente a liminar** requerida para conceder à impetrante o prazo de **20 (vinte) dias** para apresentação dos documentos solicitados pelo impetrado (fls. 46/47), ficando suspenso, nesse prazo, a exigibilidade do crédito tributário, bem como o procedimento fiscal de que tratam os autos (Procedimento nº 14751.000010/2005-80 — fls. 80).*

Logo, estão decaídos os períodos de apuração anteriores a dezembro de 2000.

Sobre a nulidade em face da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da lei nº 9.718/98, constitui-se em matéria de mérito, vez que ataca as bases de cálculo consideradas no lançamento das contribuições, tese em torno da qual não há lide, porquanto nenhum mérito fora enfrentado pela impugnante nos presentes autos. Não se constituindo em matéria de ordem pública, malgrado objeto de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, dela não se pode conhecer.

Pelo exposto, VOTO por NÃO CONHECER do recurso quanto à discussão do mérito, nos termos acima expendidos, e na parte conhecida para:

a) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão relativamente ao pedido de perícia;

b) declarar a decadência dos períodos de apuração anteriores a dezembro de 2000;

Sala das sessões, 01 de junho de 2011

(assinado digitalmente)

Belchior Melo de Sousa

Processo nº 14751.000008/2005-19
Acórdão n.º **3803-001.759**

S3-TE03
Fl. 562



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

Processo nº: 14751.000008/2005-19
Interessada: CONSTRUÇÕES ANDRINA LTDA.

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 4º do art. 63 e no § 3º do art. 81 do Anexo II, c/c inciso VII do art. 11 do Anexo I, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, fica um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº **3803-001.759**, de 01 de junho de 2011, da 3ª Turma Especial da 3ª Seção.

Brasília - DF, em 01 de junho de 2011.

[Assinado digitalmente]
Alexandre Kern
3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente

Ciente, com a observação abaixo:

- ☐ Apenas com ciência
- ☐ Com embargos de declaração
- ☐ Com recurso especial

Em ____/____/____

