



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

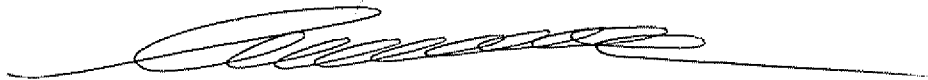
Processo nº 10140.001360/2001-77
Recurso nº 160.717 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.233 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente MOINHO DALLAS LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CAMPO GRANDE/MS

ELEMENTOS DE PROVA – PERÍCIA – Se as parcelas excluídas do lançamento pela decisão recorrida decorrem da diligência realizada e de respectivo Termo de Constatação, deve ser acolhido o resultado da diligência e ajustada a base de cálculo do lançamento, se inexistentes outros elementos de prova em contrário. NULIDADE - Somente acarreta a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por servidos incompetente ou com preterição do direito de defesa, a teor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Diante da inocorrência de hipótese descrita na legislação, deve ser afastada a preliminar de nulidade do lançamento. CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A DEVIDA POR FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO - Descabe a concomitância da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa de que trata o art. 2º da Lei nº 9.430/96 com a multa proporcional ao imposto devido decorrente de omissão de receitas, tendo ambas as multas se baseado nos valores desviados da escrituração, sob pena de aplicar-se dupla penalidade sobre uma mesma infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir a cobrança da penalidade isolada incidente sobre as estimativas mensais não recolhidas, mantendo-se a decisão recorrida nos demais termos, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA - Presidente


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO – Relator

EDITADO EM: 08/11/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Praga (Presidente da Turma), Alexandre Andrade da Fonte Filho (Vice-Presidente), Aloysio Jose Percínio da Silva, Jose Ricardo da Silva, João Bellini Junior (suplente convocado), Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior (suplente Convocado).

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'P' followed by a horizontal line and a small loop.

Relatório

Cuidam-se de Recurso de Ofício e de Voluntário, este às fls. 1482/1486, interposto contra decisão da DRJ em Campo Grande/MS, de fls. 1443/1459, que julgou procedentes em parte os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS de fls. 128/151; e procedentes os lançamentos completos de fls. 1351/1366, todos relativos ao ano-calendário 1998.

O crédito tributário objeto do lançamento principal foi apurado no valor de R\$ 5.317.465,74, já inclusos juros de mora e multa de ofício de 75%, do qual a contribuinte foi cientificada em 11.06.2001. O lançamento tem origem (i) na omissão de receitas, caracterizada pelas divergências entre os valores escriturados nos Livros de Apuração do ICMS e aqueles declarados à SRFB, em DIPJ e DCTF; e (ii) falta de recolhimento do IRPJ sobre a base de cálculo estimada.

A contribuinte apresentou impugnação às fls. 162. Em suas razões, afirmou ter realizado pagamento do valor que entende devido, conforme DARFs de fls. 163/167. Às fls. 192/209, a contribuinte apresentou aditamento à impugnação. Em suas razões, suscitou a nulidade de parcela considerável do lançamento, ante a sua ilegalidade, em razão da inocorrência do fato gerador. Inexiste divergência entre os valores escriturados em GIA e aqueles constantes no levantamento fiscal.

Para apurar a real base de cálculo, expurgou dos valores constantes das GIAs as parcelas correspondentes às vendas canceladas e às simples remessas, conforme levantamento de fls. 213/215. A seguir, elaborou um primeiro demonstrativo das notas fiscais de compra de mercadorias não contabilizadas no ano 1998 (fls. 282/284) e demonstrativo de despesas não contabilizadas (fls. 352/353).

Com base nos referidos demonstrativos, apurou o Lucro Real do período, conforme documentação de fls. 390/427. Reconheceu como devido o IRPJ e seus acréscimos constantes na Demonstração de Resultado do Exercício e do Lalur, às fls. 385/427.

Quanto ao PIS e à COFINS, afirmou que a sua base de cálculo corresponde aos valores constantes às fls. 213/215, e não aqueles apurados pela Fiscalização, tendo em vista que foram considerados os valores totais da GIA, sem a redução das parcelas relativas a simples remessa, reembolso de despesas e vendas canceladas.

Contestou, ainda, a aplicação concomitante da multa isolada e multa de ofício.

Por fim, requereu exame pericial, indicando seu assistente técnico e formulando os quesitos.



Conforme Despacho de fls. 429/430, o julgamento foi convertido em diligência. A DRF apartou dos autos a parcela incontroversa e atendeu a diligência solicitada, juntando o Termo de Constatação Fiscal de fls. 463/479.

Em decorrência da diligência, em 15.09.2003, foi realizado lançamento complementar, às fls. 1351/1367, tendo origem em omissão de receitas operacionais, caracterizada pela ausência de escrituração e contabilização de compras de mercadorias no ano-calendário 1998.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 1396/1371, a Fiscalização, da posse das notas fiscais de entrada não escrituradas (fls. 890/1132), efetuou a circularização aos fornecedores para que comprovassem os recebimentos das respectivas vendas à contribuinte.

Em 25.08.2003, o preposto da contribuinte declarou que, em relação à comprovação dos pagamentos realizados e não escriturados, afirmou que foram feitos à vista, razão pela qual não é possível comprová-los.

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 150%, sob o fundamento de que o próprio sujeito passivo reconheceu que omitiu receitas e parte de suas compras para que seu estoque não ficasse super-avaliado. Declarou, ainda, possuir outras notas fiscais de compra, as quais não foram escrituradas, que foram entregues à fiscalização no curso da ação fiscal.

A contribuinte apresentou a impugnação de fls. 1375/1386. Em suas razões, alegou que o presente lançamento resulta do mero somatório das notas fiscais de compra apresentadas pelo contribuinte, desacompanhado de qualquer outro elemento de convicção, necessário e suficiente para caracterizar a omissão de receitas.

O mero somatório das compras de mercadorias não podem ser tomados como receitas da contribuinte, devendo ser considerados os custos dessas mercadorias. Acrescentou que não pode prevalecer a exigência com base em renda presumida, sem qualquer outro elemento que conduza a certeza da realização do fato gerador.

Por fim, contestou a aplicação da penalidade qualificada, sob o fundamento de que a ausência de registro de compras foi confessada pela própria contribuinte, inexistindo dolo no presente caso.

A DRJ julgou procedentes em parte os lançamentos originais e procedentes os lançamentos complementares, às fls. 1443/1459.

Lançamento Original

Em relação ao lançamento original, a DRJ negou o pedido de perícia formulado, em razão da diligência realizada pela DRF posteriormente à sua impugnação, e afastou a preliminar de nulidade, por entender que o lançamento foi realizado em conformidade com a legislação vigente, não cabendo à esfera administrativa analisar a legalidade das normas aplicáveis ao presente caso.

A DRJ acatou as conclusões da diligência, constantes das fls. 463/479, no tocante aos ajustes na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Assim, considerando os pagamentos feitos e os valores objeto do parcelamento, a DRJ deu pela procedência parcial ao lançamento.



Manteve a cobrança da penalidade isolada, por estar em consonância com a legislação aplicável, sendo devida ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal por ocasião do ajuste. Quando à base de cálculo, deve ser recalculada a partir dos valores apurados na Diligência, apurando-se o lucro estimado mediante a aplicação do percentual de 8% sobre a receita bruta e acréscimos. Diminuindo-se os valores de IRPJ declarados, obtém-se valores de multa isolada superiores aos apurados às fls. 132, exceto para os meses setembro, outubro e novembro, que devem ser reduzidos para R\$ 3.752,93; R\$ 5.639,77; e R\$ 6.586,10, respectivamente.

Lançamento Complementar

Manteve integralmente o lançamento complementar. Em suas razões, afirmou que a contribuinte não discorda que deixou de escriturar as compras, tendo contestado tão somente a regularidade ou não do uso da omissão de compras como presunção de omissão de compras como presunção de omissão de receitas, bem como a utilização dos custos correspondentes no cálculo da matéria tributável.

O lançamento encontra respaldo no art. 228 do RIR/94 e no art. 40 da Lei nº 9.430/96, ambos vigente à época da infração. Trata-se de presunção legal e não compete à esfera administrativa afastar a sua aplicação, sob o argumento de sua ilegalidade.

Manteve a aplicação da penalidade qualificada, sob o fundamento de que o volume de notas fiscais que não foram registradas em sua contabilidade nem declaradas pela contribuinte é bastante significativo, afastando a possibilidade de se tratar de mero lapso ou equívocos contábeis. Assim, em face do grande volume de notas omitidas, bem como a prática reiterada, entendeu ter havido a intenção da contribuinte em omitir receita, razão pela qual julgou procedente a penalidade qualificada.

A contribuinte, devidamente intimada da decisão em 21.06.2009, conforme AR de fls. 1477, interpôs, tempestivamente, o recurso voluntário de fls. 1482/1486, em 20.07.2007. Em suas razões, a contribuinte suscitou o cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento da perícia requerida. A sua realização é indispensável para a obtenção da verdade material. Exemplificando, segundo o Termo de Constatação, o LRSM, no mês de março de 2000, era de R\$ 1.395.132,59, enquanto que o valor correto era de R\$ 1.235.132,59.

No mérito, reitera os termos da sua impugnação. Em relação ao lançamento complementar, defende a sua improcedência, sob o fundamento de que decorre de confissão apresentada pela contribuinte e devidamente confirmada pela Informação Fiscal.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO, Relator

Os recursos de Ofício e Voluntário preenchem os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento.

Recurso de Ofício

O recurso de ofício tem por fundamento a exoneração de crédito tributário acima do limite de alçada do órgão, já considerado, por este julgador, o atual valor de alçada de R\$ 1.000.000,00.

A DRJ, em sua decisão, acolheu as informações apuradas no Termo de Constatação de fls. 463/479, destacando que, conforme Termo de Informação Fiscal de fls. 1235, a contribuinte foi cientificada do Termo de Constatação Fiscal em 11.04.2003 (fls. 479) e não trouxe qualquer justificativa a seu favor no prazo de 30 dias então concedido. A DRJ, assim, destacando que as conclusões dos auditores fiscais estava amparada na documentação da contribuinte, acolheu as conclusões da diligência realizada.

Diante do exposto, considerando que as parcelas excluídas do lançamento decorrem da diligência realizada e do Termo de Constatação de fls. 463/479, em que foram analisados os documentos relacionados às fls. 1450/1452 e constatadas as divergências e inconsistências nelas indicadas, entendo que deve ser acolhido o resultado da diligência e ajustada a base de cálculo do lançamento, em face da inexistência de outros elementos de prova em contrário. Desse modo, entendendo correta a redução da base de cálculo informada pela autoridade fiscal, quando verificada a ocorrência de erro material na sua apuração, com a conseqüente exoneração do crédito tributário correspondente, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário

Lançamento Original

Preliminarmente, a contribuinte alega o cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento da perícia requerida.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, de acordo com o art. 18 do Decreto nº 70.235/72, 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.

No presente caso, previamente ao julgamento de primeira instância, foi realizada diligência, para que fossem analisados os documentos e alegações apresentados pela contribuinte, havendo a exoneração parcial do crédito tributário.

A contribuinte, intimada do Termo de Constatação Fiscal, não apresentou justificativas acerca do crédito tributário mantido pela Fiscalização. A única incongruência



indicada em seu recurso voluntário é em relação ao mês de março de 2000, que não é objeto do presente lançamento.

Assim, considerando que constam nos autos todos os elementos necessários a formação do convencimento da autoridade lançadora, tornando, assim, prescindível a perícia requerida pela contribuinte, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Somente acarreta a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por servidos incompetente ou com preterição do direito de defesa, a teor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Diante da inocorrência de hipótese descrita na legislação, deve ser afastada a preliminar de nulidade do lançamento.

No mérito, o lançamento original tem origem nas divergências entre os valores escriturados em GIA e aqueles declarados em DIPJ e DCTF pela contribuinte.

Em seu recurso voluntário, a contribuinte defende a ilegalidade do lançamento, ante a inocorrência do fato gerador. Como dito, somente acarreta a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por servidos incompetente ou com preterição do direito de defesa, a teor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. No caso, durante todo o procedimento fiscal, a contribuinte foi diversas vezes intimada a prestar esclarecimentos, sendo franqueados todos os meios de defesa à contribuinte, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa. O lançamento foi realizado em conformidade com a legislação vigente, sendo improcedente a alegação da contribuinte no sentido da inocorrência do fato gerador do tributo. De acordo com o art. 44 do CTN, a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis. Caracteriza omissão de receitas as divergências entre os valores escriturados, frise-se, pela própria contribuinte, e aqueles declarados à Secretaria da Receita Federal, estando correto o lançamento efetuado.

Como já exposto no julgamento do Recurso de Ofício, a DRJ, em sua decisão, acolheu as informações apuradas no Termo de Constatação de fls. 463/479, do qual, conforme Termo de Informação Fiscal de fls. 1235, a contribuinte foi cientificada e não se pronunciou ou apresentou novos elementos de prova em contrário. Destaque-se que, em seu Recurso Voluntário, a contribuinte reporta-se a uma inconsistência ocorrida no mês de março de 2000, período não compreendido no lançamento, e não traz novos elementos de prova para que sejam desconsideradas as conclusões apuradas pela diligência fiscal realizada.

Assim, estando as conclusões dos auditores fiscais amparadas na documentação da contribuinte e não tendo esta apresentado provas em contrário, voto por negar provimento ao recurso voluntário neste particular, para igualmente acolher as conclusões do Termo de Constatação de fls. 463/479.

Com relação à penalidade isolada, entendo que esta não pode prosperar. A multa isolada em questão foi aplicada sob o fundamento de ausência de recolhimento de estimativa mensal. No entanto, encerrado o ano-calendário, autoriza-se à Fiscalização formalizar exigência de crédito que corresponda à diferença de imposto de renda e contribuição social recolhidos com insuficiência. Ocorrida a hipótese de incidência do tributo, o lançamento tributário deve contemplar o valor apurado segundo a Declaração de Ajuste Anual.

Assim, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimento por estimativa deixa de ter sua eficácia, uma vez que prevalece a exigência do imposto efetivamente devido apurado, com base no lucro real, em DIPJ apresentada pela contribuinte.

NR

Improcede, portanto, a aplicação da multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais, se exigida após o encerramento do exercício, por falta de base oponível.

O dispositivo legal previsto no inciso IV, § 1º, art. 44 da Lei 9.430/96 tem como objetivo obrigar o sujeito passivo da obrigação tributária ao recolhimento mensal de antecipações de um provável imposto de renda e contribuição social que poderá ser devido ao final do ano-calendário, ou seja, é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa, e sendo assim, a penalidade só poderá ser exigida durante aquele ano-calendário, de vez que com a apuração do tributo e da contribuição social efetivamente devida ao final do ano-calendário, desaparece a base imponible daquela penalidade (antecipações), pela ausência da necessária ofensa a um bem juridicamente tutelado que a justifique, e a partir daí, surge uma nova base imponible, esta já com base no tributo efetivamente apurado ao final do ano-calendário, surgindo assim a hipótese da aplicação tão-somente do inciso I, § 1º do referido artigo, caso o tributo não seja pago no seu vencimento e apurado *ex-officio*, mas jamais com a aplicação concomitante da penalidade prevista no inciso IV, § 1º do mesmo diploma legal, até porque a dupla penalidade afronta o disposto no artigo 97, V, c/c o artigo 113 do CTN, que estabelece apenas duas hipóteses de obrigação de dar, sendo a primeira ligada diretamente à prestação de pagar tributo e seus acessórios, e a segunda relativamente à obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas. pecuniária por descumprimento de obrigação acessória. Logo, entendo que não há como subsistir a multa lançada isoladamente no ano 1998.

Ademais, a multa isolada não é aplicável na hipótese de lançamento de ofício de tributo, mas apenas de aplicação isolada de multa, quando o imposto não foi recolhido pela estimativa mensal. Ou seja: se aplicada a multa de ofício ao tributo apurado em lançamento de ofício, a ausência de anterior recolhimento por estimativa do referido imposto não deve ocasionar a aplicação cumulativa da multa isolada, já que esta somente é aplicável de forma isolada, de modo a se evitar a dupla penalidade sobre a mesma base de incidência.

Lançamento Complementar

Em relação ao lançamento complementar, a contribuinte defende a sua improcedência, sob o fundamento de que decorre de confissão por ela realizada. Por fim, reitera pedido de perícia contábil e fiscal.

Com relação ao pedido de perícia, reiteramos os argumentos anteriormente citados, quanto à sua prescindibilidade no presente caso.

Com relação à confissão alegada pela contribuinte, a referida confissão ocorreu após o início da ação fiscal. Segundo o parágrafo único do art. 138 do CTN, não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

O lançamento foi realizado em conformidade com o art. 40 da Lei nº 9.430/96, que estabelece a presunção legal de omissão de receitas diante da falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica. Assim, o lançamento foi realizado em conformidade com a legislação vigente, devendo ser mantido o crédito tributário correspondente, por se tratar de atividade vinculada e obrigatória.



Especificamente quanto à aplicação da multa qualificada, o art. 44 da Lei nº 9.430/96 determina que deverá restar comprovado o evidente intuito de fraude pelo sujeito passivo. A Lei nº 4.502, de 1964, por sua vez, estabelece o seguinte:

Art. 71 – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, na sua natureza ou circunstâncias materiais;

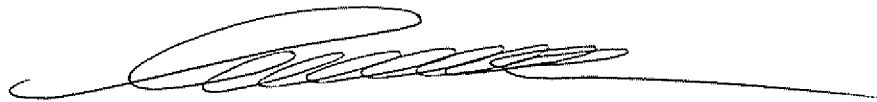
II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal, na sua natureza ou circunstância materiais

Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

No presente caso, o próprio contribuinte alega na impugnação do lançamento original que omitiu receita de vendas à SRFB e, para acobertar sua omissão, omitiu parte de suas compras, para que não houvesse diferença de estoques, além de ter declarado possuir outras notas fiscais de compra que não foram escrituradas sequer nos livros fiscais do ICMS. As notas não escrituras de compra omitidas e não escrituras foram apresentadas durante a diligência pelo próprio contribuinte, tendo sido considerado, pela fiscalização, como prova do ilícito tributário. Entendo que tais fatos caracterizam a real intenção do contribuinte em omitir receitas, razão pela qual deve ser mantida a multa qualificada aplicada.

Isto posto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício e DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para cancelar a exigência da multa de ofício isolada cobrada após o término do ano-calendário e em concomitância com a multa de ofício.



ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO

