



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10240.000615/2009-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.583 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2021
Recorrente AUDIO E VIDEO SYSTEM LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004, 2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há que se argüir cerceamento do direito de defesa, quando os fatos que se encontram descritos em campo próprio dos autos de infração, em linguagem de fácil leitura e entendimento, e o enquadramento legal constante do auto de infração encontra-se claramente descrito.

MULTA DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE CONFISCO. E JUROS DE MORA. TAXA SELIC .

A alegação de que a multa em face de seu valor é confiscatória não pode ser discutida nesta esfera de julgamento, uma vez que se trata de exigência fundada em legislação vigente, à qual este julgador é vinculado.

INCONSTITUCIONALIDADE. INCABÍVEL A APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Por tratar-se de matéria inserta na competência privativa do Poder Judiciário.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO. INEXISTÊNCIA DO EMBASAMENTO TÉCNICO CONTÁBIL.

É correto arbitramento do lucro quando contribuinte não cumpre as formalidades necessárias ao enquadramento nos regimes de tributação Simples, Lucro Presumido e Lucro Real.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo Jose Luz de Macedo, Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão n.º 01-15.931, proferido pela 1ª Turma da DRJ/BEL, que, ao apreciar a impugnação apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la improcedente, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de lançamento do IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e reflexos (Contribuição Social, COFINS e PIS). A fiscalização juntou, ao presente processo, documentos que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração e, com efeito, procedimento formalizador dos lançamentos relativos aos créditos tributários do IRPJ e REFLEXOS:

- a) Faturamentos obtidos das notas fiscais circularizadas — Demonstrativo Analítico das Notas Fiscais, extraídos dos documentos constantes do ANEXO III do presente processo, resultando nos demonstrativos acostados às fls. 402 a 407 do presente processo.
- b) Demonstrativo de Omissão de Faturamento (fl. 408 do presente processo), resultante do cruzamento dos dados extraídos das DCTFs (fls. 94 a 173) com os dados extraídos das notas fiscais (ANEXO III do presente processo e demonstrativos às fls. 402 a 407 do presente processo);
- c) Demonstrativo dos Créditos Sem Origem Comprovada, fls.409/410 do presente processo, resultante do cruzamento dos dados extraídos dos extratos bancários (fls. 14 a 80 do presente processo) com os dados das notas fiscais constantes do ANEXO III.

INFRAÇÃO. BASES DE CÁLCULO E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS APURADOS

Da análise dos Livros Diário e Razão, ANEXO 1 do presente processo, dos extratos bancários às fls. 14 a 80 do presente processo, bem como dos dados constantes dos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil disponíveis, a fiscalização constatou as seguintes infrações à legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Reflexos:

1) OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL - NOTAS FISCAIS ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS

Foram feitas circularizações junto aos Clientes da fiscalizada, conforme consta no ANEXO II do presente processo, obtendo-se algumas notas fiscais. Além disto foram utilizadas as notas Iscais fornecidas pela empresa fiscalizada, resultando no ANEXO III do presente processo.

As Notas fiscais emitidas, dos anos 2004 e 2005, pela empresa fiscalizada e as sonegadas ao fisco encontram-se discriminadas/demonstradas às fls.402 a 407 do presente processo.

Com efeito, ao se cruzar os dados constantes das DCTFs, fls. 94 a 173 do presente processo, com os dados das notas fiscais extraídas do ANEXO III e consolidadas às fls. 402 a 407 do presente processo, apurou-se OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL OCORRIDA NOS ANOS 2004 E 2005, conforme demonstrado às fls. 408 do presente processo.

De forma resumida, foram apresentados à fl. 435 os valores mensais, que serviram de bases de cálculo para a constituição do crédito tributário do IRPJ E REFLEXOS (PIS, COFINS e CSLL).

2) OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA

Omissão de rendimentos foi caracterizada pela não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos valores creditados no IISBC, agência PORTO VELHO, da conta corrente n.º 17066-20 e do UNIBANCO, agência 146, conta n.º 2100965, fls. 14 a 80 do presente processo, conforme registrado nos Demonstrativos Mensais dos valores lançados a crédito nas referidas contas bancárias, fls. 409 a 410 do presente processo.

Os créditos considerados conto de ORIGEM NÃO COMPROVADA foram relacionados no DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS SEM ORIGEM COMPROVARA, constante às fls. 409 a 410 do presente processo.

Pais valores mensais representam os créditos como de origem não comprovada.

Constatou-se, assim, omissão de rendimentos referentes a depósitos/créditos bancários cuja origem não fora comprovada, nos termos do artigo 849 do Decreto 3000 de 26.03.99 — RIR/99, que assim dispõe:

"Art. 849, caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 42)".

De forma resumida, à fl. 436 do presente processo foram apresentados os valores mensais que resultaram do batimento dos créditos bancários com os valores constantes das notas fiscais (ANEXO III folhas 54 a 135). Desse batimento, remanesceram os valores demonstrados às fls. 409/410 do presente processo denominados como "DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA":

3) ARBITRAMENTO DO LUCRO SOBRE A RECEITA BRUTA CONHECIDA E DECLARADA EM DCTF

A empresa fiscalizada teve o lucro arbitrado, em razão de não ter apresentado os documentos que embasaram a escrituração dos Livros Diário e Razão. Com efeito, sobre a receita bruta conhecida e declarada em DCTF, aplicou-se o percentual de 38,4%.

As Bases de Cálculo (receita conhecida) foram extraídas das DCTFs constantes do presente processo às fls. 94 a 146. Na apuração do IRPJ e da CSLL foram compensados os valores levados a débito de IRPJ e CSLL nas referidas DCTFs.

4) CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

O crédito tributário apurado foi demonstrado em quadro à fl. 437, da seguinte maneira:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) R\$398.803,99

Programa de Interação Social (PIS) R\$20.208,66

Contribuição Social sobre Lucro (CSLL) R\$49.716,20

Contribuição pro Financiamento S. Social (COFINS) R\$93.272,19

TOTAL R\$ 562.001,04

5) DA MULTA QUALIFICADA

A fiscalização, de acordo com o art. 44 da Lei n.º 9.430/96, entendeu ser cabível a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% posto ter restado evidente a intenção do contribuinte em omitir fatos da autoridade fazendária, com o intuito de impedir o conhecimento, por parte desta, da existência de recursos tributáveis, ocasionando, assim, a ocultação do fato gerador e a consequente ausência de recolhimento do imposto

de renda. Nos termos do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, para a qualificação da multa de ofício para 150%, foi indispensável comprovar-se o evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964. in verbis:

"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, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II — das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação principal ou o crédito tributário correspondente;

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72. "

A fiscalização baseada no presente caso (conforme demonstrado no item II do Termo de verificação, corroborado com os documentos acostados no ANEXOS IV do presente processo), observou que a conduta do fiscalizado em receber cheques de empresas participantes de procedimentos licitatórios como "prêmios" sem depositá-los em sua conta corrente, alás sacando-os e efetuando depósitos bancários "em dinheiro" teve o intuito de dificultar ou mesmo impossibilitar a identificação da origem dos recursos lançados em sua 49 colha corrente. belii como utilizar-se de mecanismos de pagamento de empréstimos sem que os recursos da Assembléia Legislativa de Rondônia transitassem nas contas bancárias da fiscalizada.

Também foi considerado o conluio entre a empresa fiscalizada, o Sr.ALEXANDRE BADRA, HAROLDO FILHO, MOISES RIBEIRO, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA. MARLON SERGIO LUSTOS JUNGLES, as empresas 3 MILENIUM, CAPRI E OUTRAS. na montagem das licitações, no recebimento dos valores junto a ALE, com o claro intuito não apenas de fraudar os cofres públicos, mas de distribuir o montante "retirado" da ALE/RO entre diversas pessoas físicas e jurídicas em uma pulverização do dinheiro, visando dificultar/impedir a tributação. Embora uma pequena parte do lançamento se trate de uma presunção, não se pode deixar de lado o conluio patente, bem como a prática reiterada.

A fiscalização entendeu que não se tratava apenas da fraude contra a Administração Pública, do suposto crime de peculato que está sendo acusado o fiscalizado, mas no crime contra a ordem tributária praticado pelo fiscalizado na conduta que está sendo relatada, fazendo-o incidir nos arts. 1º, incisos I e II, e 2º inciso I, da Lei n.º 8.137/90, in verbis:

" Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I— omitir informação, ou prestar declaração falsa uns autoridades fazendárias:

II —fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei n.º 9.964, de, 10.4.2000)

I — fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo:

(...)

De tudo o que foi exposto entendeu a fiscalização justificar-se a aplicação da multa qualificada. acreditando comprovado o CONLUIO pelo evidente intuito de fraude mediante ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as

suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou deferir o seu pagamento, pelo evidente intuito de sonegar mediante ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

6) DA DECADÊNCIA

Em razão das premissas apresentadas que ensejaram a aplicação da multa qualificada, a fiscalização contou o prazo de decadência com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66).

DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

I- VÍCIOS PRELIMINARES

Por seu turno, a fiscalizada, em sua defesa, afirma que o lançamento fiscal em comento não merece prosperar, uma vez que eivado de inúmeros vícios que impõem a declaração de sua nulidade, bem como o mesmo não se coadunar com o bom direito, merecendo, assim, ser repellido, em obediência ao princípio da eficiência administrativa.

A impugnante argumenta que a fiscalização fazendária federal violou princípios norteadores do processo administrativo tributário, como o da motivação, não discricionariedade, doca dental, dentre outros.

Outro argumento é o de que inexistiu embasamento técnico contábil amplo para a constituição do crédito tributário. Todo o lançamento está fundamentado na análise de movimentação financeira da impugnante, o que, na opinião da impugnante, não poderia se prestar a apurar corretamente a base tributária de impostos e contribuições sociais.

O auto de infração, na opinião da impugnante, merece ser anulado por utilizar índice de correção monetária e juros moratórios incompatíveis com o ordenamento Jurídico vigente, além de utilizar multas com caráter confiscatório, sem a devida proporcionalidade.

II- DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR DESOBEEDIÊNCIA AO ARTIGO 10 DO DECRETO NO. 70.235.

Argumenta a impugnante que o auditor autuante deu início à ação fiscal, apresentando o Termo de Documento que não menciona qual o objeto da ação fiscal, qual sua abrangência e nem quais as espécies tributárias a serem auditadas. O aludido termo teria se confundido com uma mera intimação administrativa para apresentar documentos fiscais. A falta de preenchimento dos requisitos essenciais do lançamento, constantes do artigo 11 do o Decreto 70235/72, acarretaria a nulidade do lançamento.

Diante da imprecisão, no seu entendimento, dos atos administrativos praticados, bem como dos documentos solicitados, requereu o impugnante — como lhe ampara a legislação pertinente — prorrogação do prazo para apresentação dos documentos. Leia-se: elucidação dos documentos. Diante da burocracia bancária, assim como da dificuldade de percepção da solicitação, bem como dos próprios documentos solicitados, novamente, fora solicitada prorrogação, no que não fora atendido. Pelo contrário, fora surpreendido com o milionário lançamento de ofício perpetrado.

Isto trouxera, no argumento da impugnante, verdadeiramente, sérios prejuízos à impugnante por desconhecer totalmente o andamento dos trabalhos de fiscalização, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais de contraditório e da ampla defesa.

“ Art. 10. O nulo 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 dos fatos

IV -.....

O distanciamento e o desconhecimento causaram o completo cerceamento do direito de defesa da impugnante, ferindo frontalmente os dois pilares básicos, ou, em outras palavras, os dois pressupostos fundamentais do regime democrático e do estado de direito: o contraditório e a ampla defesa.

B) NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DOCUMENTAL PREVISTO NO ARTIGO 196 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

Juntamente com o "termo" de Início de Fiscalização, fora entregue à impugnante, um documento denominado "Mandado de Procedimento Fiscal" em 13 de dezembro de 2006.

Do referido mandado constava que o mesmo deveria ter sido executado até o dia consignado para missão, qual seja: 13 de fevereiro de 2007. Vencido esse prazo, a impugnante alua que recebeu uma folha impressa, sem qualquer motivação razoável, informando que o mesmo havia sido prorrogado por mais um tempo determinado. Vencido esse prazo, a impugnante não foi informada que o referido mandado havia sido prorrogado mais uma vez. Somente foi informada que o mesmo já havia sido prorrogado uma outra vez, agora com data muito posterior.

“impugnante ficou estarrecido com o fato. Teria sido a fiscalização encerrada sem que desse fato fosse dado conhecimento à impugnante? Para sua surpresa, sua fiscalização teria sido prorrogada por mais 15 (quinze) vezes, sem qualquer conhecimento prévio, encerrando-se, presume o autor, tão-somente em 20 de abril de 2009. Todavia, o procedimento foi encerrado com o milionário auto de infração, ora impugnado.

Ainda atordoado pelo desconhecimento em relação ao que estava sendo feito nesse unilateral processo de auditoria (dizeres da impugnante), a impugnante recebeu, então, o Auto de Infração. De tais peças, alega o impugnante, que esperava ao menos descrevessem, de forma pormenorizada, todos os procedimentos realizados tendentes a levantar o montante do crédito tributário ora constituído. Em vão! O Auditor não contou a história do procedimento fiscal que resultou nos Autos de Infração; não teria feito referência a provas, não mostrara de onde obteve os valores relativos às bases de cálculo dos impostos e nem que meios utilizou para atingir tais valores.”

Impugnante apresenta a respeito do lançamento, o Código Tributário Nacional em seu art. 142. e o art 59, II, do Decreto 70235/72:

142. Compete privativamente a 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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. "

O art. 59, II, do Decreto 70. 235172, diz que é nulo o ato em que o direito de defesa é preferido:

Art. 59. São nulos:

I — os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II — os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependem ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

(Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.748, de 09.12.1993)

Como a descrição dos fatos é de conteúdo obrigatório na lavratura do Auto de Infração, sem a qual é impossível a correta defesa do autuado, a nulidade estaria claramente presente neste caso, posto que somente através de uma descrição precisa e pormenorizada dos fatos é que o direito de defesa poderia ter sido exercido em sua plenitude.

Da ausência de indicação expressa do fundamento legal ensejador da cobrança, a fiscalização cerceou o direito de defesa da Impugnante que não tem como se defender de maneira precisa já que desconhece do que está sendo "acusada", em manifesta violação ao artigo 50, incisos LIV e LV da Constituição Federal, que assim determina:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Dessa forma, diante do grave e insanável vício de motivação do lançamento impugnando, é que se impõe, no entender do impugnante, a declaração de sua nulidade absoluta. Em situações como a examinada, a decretação de nulidade não constitui faculdade da Administração, mas, sem dúvida, dever inerente ao princípio da autotutela dos atos administrativos.

C) DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO — DA INEXISTÊNCIA DE EMBASAMENTO TÉCNICO CONTÁBIL

A impugnante critica a atuação do Auditor, pois alega que denota intenção de discutir créditos tributários elevados e não apenas auditar a contabilidade da pessoa jurídica com o intuito de verificar a ocorrência de ilícitos tributários.

Para o impugnante, o crédito tributário que a Fazenda Pública Federal cobra, conforme relatório, é totalmente indevido em razão de critérios que, há muito tempo, já estão afastados pela doutrina e jurisprudência. Inexistiria, no entender da impugnante, embasamento técnico contábil amplo para a constituição do crédito tributário. Todo o lançamento está fundamentado na análise de movimentação financeira da impugnante. Ora, a objetiva e simplória análise da movimentação financeira não poderia prestar-se a ter apurado corretamente a base tributária de impostos e contribuições sociais.

Por outro lado, alega o impugnante, o auditor autuado tinha, sim, meios para apurar corretamente a base de cálculo do imposto. Bastava, para isso, recompor o caixa da impugnante. Se tivesse executado este procedimento, veria que a apuração do imposto realizada pela impugnante estava correta em todos os seus aspectos. Logo se vê que se utilizou do instrumento menos apropriado para apurar-se, com efetividade, o real faturamento da empresa impugnante.

Sendo assim, também por este motivo, inviável o presente auto de infração.

D) CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA

O combatido auto de infração fundamenta-se em suposta omissão de rendimentos, tendo em vista a presunção de renda pela análise de depósitos bancários.

Afirma a impugnante que é notório, chegando a ser até vetusto de que o legislador infraconstitucional está adstrito ao que preceitua o Texto Supremo, ou seja, não poderá, em hipótese alguma, ampliar ou presumir o conceito de renda, pois se assim o fizer irá incorrer em cabal inconstitucionalidade.

Em sua defesa, apresenta o art. 153, III, da Constituição Federal onde afirma-se que compete a União instituir o imposto sobre a renda, determinando, implicitamente, que o

legislador ordinário, federal naturalmente, não poderá extrapolar os limites contidos na regra — matriz constitucional.

Ora, o que a impugnante está querendo demonstrar, com amparo constitucional, é o fato de que o legislador infraconstitucional não pode, em hipótese alguma, extrapolar, ampliar o conceito constitucional de renda, nem, muito menos, presumir, pela simples análise de depósitos bancários, que não exterioriza nenhum sinal de acréscimo patrimonial ou econômico, como fez o procedimento fiscal.

Alega a impugnante que não se pode estabelecer um conceito de renda por ficção legal!

E) DEPÓSITOS BANCÁRIOS E "PRESUNÇÃO" DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - RENDA POR FICÇÃO LEGAL

Ainda em conseqüência da inconformidade acima descrita, o impugnante assevera impossibilidade de moldura ou ficção pelo legislador ou aplicados da lei, conforme a presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, que originou o presente auto de infração.

III - DO PEDIDO

Ao final, o impugnante requer:

- 1) Em relação à preliminar, que sejam declarados nulos os autos de infração por ter o Auditor atuante deixado de apresentar à ora impugnante o Documento que deveria lhe informar que o processo de fiscalização continuava em curso, deixando-a apenas com a informação de que o citado procedimento havia-se encerrado conforme mencionado em sua defesa;
- 2) Ainda em relação a preliminar, que sejam declarados nulos os autos de infração por ter o Auditor atuante cerceado o direito de defesa da impugnante ao realizar a auditoria com desconhecimento da parte interessada e por não descrever os fatos com clareza;
- 3) Caso haja entendimento diverso, que seja cancelado de plano o lançamento alicerçado na renda presumida, pois, conforme ficou provado, o auditor abandonou o elemento contábil estabelecido em lei para fundar-se unicamente em presunções, sem dar à ora Impugnante a oportunidade de discutir os aspectos contábeis de seus documentos;
- 4) Em relação ao índice de juros, que seja cancelada a parte que supera os 12% ao ano, conforme está estabelecido na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional,
- 5) Diante de todo o exposto, requer seja dado provimento ao presente recurso para que sejam reconhecidos os vícios insanáveis de motivação do ato administrativo que implicam a nulidade do lançamento efetuado, ou, no mérito, seja julgada integralmente procedente a Impugnação determinando-se o cancelamento da autuação em sua inteireza, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade de sua exigência;
- 6) Requer, outrossim, a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a juntada de outros documentos que se fizerem necessários para comprovar o direito da Impugnante de não se submeter ao indigitado lançamento fiscal.
- 7) Requer, ainda, seja determinada a expedição de Certidão Positiva com Efeitos ele Negativa em nome da impugnante nos termos do artigo 206, do CTN até decisão final de mérito a ser proferida nesta impugnação.
- 8) Requer, ainda, que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do Dr. Breno Dias de Paula, inscrito na OAB/RO sob

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004, 2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há que se argüir cerceamento do direito de defesa, quando os fatos que se encontram descritos em campo próprio dos autos de infração, em linguagem de fácil leitura e entendimento, e o enquadramento legal constante do auto de infração encontra-se claramente descrito.

MULTA DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE CONFISCO. E JUROS DE MORA. TAXA SELIC .

A alegação de que a multa em face de seu valor é confiscatória não pode ser discutida nesta esfera de julgamento, uma vez que se trata de exigência fundada em legislação vigente, à qual este julgador é vinculado.

INCONSTITUCIONALIDADE. INCABÍVEL A APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Por tratar-se de matéria inserta na competência privativa do Poder Judiciário.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO. INEXISTÊNCIA DO EMBASAMENTO TÉCNICO CONTÁBIL.

É correto arbitramento do lucro quando contribuinte não cumpre as formalidades necessárias ao enquadramento nos regimes de tributação Simples, Lucro Presumido e Lucro Real.

BASE DE CÁLCULO UTILIZADA E A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1º REGIÃO.

São improfícuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, porque tais decisões, mesmo que proferidas por órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

SOLICITAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA.

O processo administrativo fiscal não consiste em meio hábil para a expedição de certidão de tributos, sendo inadmissível que o julgador administrativo, a quem a legislação não dotou de poder de cautela determine atos administrativos não afetos estritamente ao recursos em análise.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário, sem juntada de novos documentos, pugnando pelo provimento de seu recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos regimentais, portanto, dele conheço.

Da análise do recurso voluntário

Consoante relatado, trata-se de lançamento de IRPJ e reflexos (Contribuição Social, COFINS e PIS), onde, da análise dos Livros Diário e Razão, dos extratos bancários, bem como dos dados constantes dos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fiscalização constatou as seguintes infrações: 1) omissão de receita operacional – notas fiscais escrituradas e não declaradas; 2) omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários com origem não comprovada. Houve arbitramento do lucro sobre a receita bruta conhecida e declarada em DCTF e aplicação de multa qualificada de 150%.

O Contribuinte, em recurso, apresenta os mesmos argumentos antes enfrentados pela DRJ, quando da prolação do acórdão recorrido.

Penso que os fundamentos utilizados pela DRJ, no caso concreto destes autos, mostram-se adequados para a solução da lide, com exceção da aplicação da multa qualificada para a infração apurada mediante presunção de omissão de receitas/rendimentos, identificada por meio de depósitos bancários de origem não justificada, conforme abordarei em tópico específico mais adiante.

Assim, transcrevo, a seguir, os fundamentos consignados no acórdão recorrido, adotando-os como razão de decidir:

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO POR DESOBEDIÊNCIA AO ART. 10 DO DECRETO 7023/72

O art 10 do Decreto 70235/72 apresenta-se da seguinte forma:

10. O auto de infração serie lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà 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 trinta dias;

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

O impugnante no título de sua impugnação no item 1), alínea "a", cita o art 10 do decreto 70235/72, que trata sobre o conteúdo obrigatório do auto de infração, e na substância ataca a forma como se deu o início da fiscalização. Desta forma, analisaremos tanto a adequação ao art 10 como o procedimento de início da fiscalização.

O mandado de procedimento fiscal, às fls 01/02 do presente processo, bem como a prova de sua cientificação ao fiscalizado; os termos de início de fiscalização e reintimação descritos às fls 0511, assim como todas notificações ao então fiscalizado, no desenvolver do presente processo, demonstram que do ponto de vista processual não houve cerceamento de qualquer forma de cognição por parte do autuado.

A portaria 11.371/2007 dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de sua leitura temos:

Dos Procedimentos Fiscais

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), e no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

Art. 3º Para os fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais;

II - de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração ou a apreensão de documentos, materiais, livros e semelhantes, inclusive em meio digital.

Art. 7º O MPF-F, o MPF-D e o MPF-E conterão:

I - a numeração de identificação e controle;

II - os dados identificadores do sujeito passivo;

III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;

V - o nome e a matrícula do AFRFB responsável pela execução do mandado;

VI - o nome, o número do telefone e o endereço funcional do chefe do AFRFB a que se refere o inciso V; e

VII - o nome, a matrícula e o registro de assinatura eletrônica da autoridade outorgante e, na hipótese de delegação de competência, a indicação do respectivo ato.

§1º O MPF-F e o MPF-E indicarão, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, cujas faltas geradoras tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§2º No caso de auditoria em matéria previdenciária, o prazo a que se refere o § 1º será de dez anos.

§3º Na hipótese de se fixar o período de apuração correspondente, o MPF-F alcançará o exame dos livros e documentos, referentes a outros períodos, com vista a verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período fixado, ou dele sejam decorrentes.

§4º O MPF-D indicará, ainda, a descrição sumária das verificações a serem realizadas, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§5º O MPF-E indicará a data de início do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§6º Na hipótese de instauração de procedimento fiscal destinado exclusivamente a verificar o cumprimento de obrigação acessória, o MPF-F deverá identificar a obrigação e o período a que se refere, conforme modelo aprovado por esta Portaria, não se aplicando o disposto no §1º deste artigo.

§ 7º O disposto no §1º não se aplica no caso de procedimento fiscal destinado a constatar a correta aplicação da legislação de comércio exterior que possa resultar tão somente em apreensão de bens ou mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigência de multas ou direitos comerciais, hipótese em que o MPF-F poderá indicar apenas a descrição sumária das verificações a serem efetuadas.

Ora, a situação se enquadra perfeitamente no art. 3º inciso I acima descrito.

No tocante à estrutura do auto de infração, este encontra-se descrito das fls. 441 a 501, volume III do presente processo, além do termo de verificação fiscal, descrito das fls 411 a 440, onde, em ambos, foram, farta e minuciosamente, explicadas as autuações com todas as remissões aos anexos devidos.

Certamente, a descrição dos fatos é um dos requisitos essenciais do auto de infração, para que este, como ato jurídico, possa produzir efeitos jurídicos. Contudo, da análise do caso vertente, não merece prosperar a tese exarada pela defesa.

Não se consegue vislumbrar qualquer defeito no auto de infração quanto à falta da descrição dos fatos que se encontram descritos em campo próprio dos autos de infração, em linguagem de fácil leitura e entendimento.

O enquadramento legal constante do auto de infração encontra-se claramente descrito.

É uma falácia, portanto, da fiscalizada em pretender tornar nula a exigência tributária, por cerceamento do direito de defesa.

Não houve prejuízo à cognição dos fatos, a ampla defesa foi respeitada.

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DOCUMENTAL PREVISTO NO ARTIGO 196 DO CTN-INTELIGÊNCIA DO ART 142 DO CTN- NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

A instrução do processo deve ser contraditória, ou seja, é essencial que ao interessado ou acusado seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar argumentos, fundamentos e elementos probantes que lhe sejam favoráveis.

O princípio do contraditório determina que a parte seja efetivamente ouvida e que seus argumentos sejam efetivamente considerados no julgamento.

A própria existência desta impugnação é o respeito a este princípio!

A Constituição Federal assegura, aos litigantes em geral, tanto na esfera administrativa quanto judicial, o direito à defesa, com os meios a ela inerentes. Ao falar-se de princípio da ampla defesa, na verdade está se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas testemunhais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida.

No tocante à apresentação de provas, os arts 332 a 334 do Código de Processo Civil (CPC), subsidiariamente aplicados ao processo administrativo fiscal apontam

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funde a ação ou a defesa.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I- recair sobre direito indisponível da parte;

II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II – afirmados por parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ora, qualquer argumentação deve vir acompanhada de provas, fato não observado nas argumentações do impugnante. Não há uma indicação, em relação ao auto de infração ou à conduta processual da fiscalização, por parte do impugnante, que macule o ato ora combatido!

DA INEXISTÊNCIA DO EMBASAMENTO TÉCNICO CONTÁBIL

É bem verdade, não houve embasamento técnico contábil, ou melhor, a fiscalizada não apresentou à fiscalização elementos contábeis que permitissem ao fisco a apuração dos tributos devidos na sistemática do lucro real ou presumido. A situação apresentada (falta de elementos contábeis ou contabilidade não escriturada corretamente) obrigou a fiscalização ao arbitramento do lucro, conforme art 530, incisos I, II e III, do RIR abaixo descrito.

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I- o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II – a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527:

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

O critério de cálculo do tributo apresentado pela fiscalização no ato de infração é correto, observa-se à legislação específica sobre o assunto e fora causado pela inobservância dos deveres contábeis da própria fiscalizada.

[...]

DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA DEPÓSITOS BANCÁRIOS E PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS — RENDA POR FICÇÃO LEGAL

As críticas feitas pelo impugnante, quanto ao art. 42 da lei 9430/96 e quanto à observância ou inobservância do conceito constitucional de renda, não pode ser apreciada na esfera administrativa. Em virtude de vinculação do julgador administrativo aos ditames da legislação. Sobre este princípio vale transcrever as palavras do mestre Helly Lopes Meirelles:

"O agente público fica inteiramente preso ao enunciado da Lei, em todas as suas especificações... a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo." (Meirelles, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 19º ed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 101).

Nesse contexto, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

BASE DE CÁLCULO UTILIZADA E A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA P REGIÃO.

São improfícuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, porque tais decisões, mesmo que proferidas por órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, eis que somente se aplicam sobre a questão em análise e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.

Nesse sentido, determina o inciso II do art. 100 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN):

"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos;

[...].

II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, **a que a lei atribua eficácia normativa;** " (grifei)

Veja-se também o Parecer Normativo CST n.º 390/1971:

Entenda-se aí que, não se constituindo em norma geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquela objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova relação o contribuinte parte no processo de que decorreu a decisão daquele colegiado. " (grifei)

O mesmo se aplica às decisões judiciais suscitadas pelo litigante, posto que vinculam somente às partes envolvidas naqueles litígios específicos, não abrangendo terceiros que não figurem como parte nas referidas ações judiciais.

Em relação ao entendimento dos Tribunais Superiores e às lições doutrinárias aduzidas pelo contribuinte, *data venia* sua respeitabilidade, não vinculam o administrador em seus julgados, já que não fazem parte da legislação tributária de que tratam os arts. 96 e 100 do CTN.

DESPROPORCIONALIDADE E EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC

A alegação de que a multa em face de seu valor é confiscatória, bem como os demais argumentos do impugnante, não pode ser discutida nesta esfera de julgamento, uma vez que se trata de exigência fundada em legislação vigente (como acima demonstrado), à qual este julgador é vinculado.

Em relação à taxa de juros, a defendente alega que a adoção da taxa de juros Selic é ilegal por desrespeitar os dispostos nos arts. 106 e 150, § 1º, da Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional (CTN)). *in verbis*:

Ocorre porém, que o art. 161 do mesmo CTN ressalvou a possibilidade de a lei dispor de modo diverso sobre o cálculo dos juros moratórios. Com a edição da Lei n.º 9.430, de 27.12.1996, a taxa de juros a ser aplicada em relação aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal passou a ser a Selic, conforme determina o seu art. 61. § 3º. abaixo transcrito:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

SOLICITAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA

O processo administrativo fiscal não consiste em meio hábil para a expedição de certidão de tributos, sendo inadmissível que o julgador administrativo, a quem a legislação não dotou de poder de cautela determine atos administrativos não afetos, estritamente, ao recursos em análise.

Assim, como estes fundamentos, nega-se a pretensão do contribuinte, nestes pontos.

DA MULTA QUALIFICADA

De acordo com o art. 44 da Lei nº 9.430/96, é cabível a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando ficar evidente a intenção do contribuinte em omitir fatos da autoridade fazendária, com o intuito de impedir o conhecimento, por parte desta, da existência de recursos tributáveis, ocasionando, assim, a ocultação do fato gerador e a conseqüente ausência de recolhimento do imposto de renda. Nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, para a qualificação da multa de ofício para 150%, é indispensável comprovar-se o evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A fraude se caracteriza por uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe, sempre, a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte a uma obrigação tributária.

Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, em que, utilizando-se de subterfúgios, afastam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária. Ou seja, o dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que o diferencia da declaração inexata ou da falta ou pagamento a menor do tributo, seja ela pelos mais variados motivos que se possa alegar.

No presente caso, observa-se dos autos que a conduta do fiscalizado em receber cheques de empresas participantes de procedimentos licitatórios como "prêmios" sem depositá-los em sua conta corrente, mas sacando-os e efetuando depósitos bancários "em dinheiro" teve o intuito de dificultar ou mesmo impossibilitar a identificação da origem dos recursos lançados em sua conta corrente, bem como utilizar-se de mecanismos de pagamento de empréstimos sem que os recursos da Assembléia Legislativa de Rondônia transitassem nas contas bancárias da fiscalizada.

Desta forma, mantem-se a multa qualificada.

Conclusão

Assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza