



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10314.722886/2017-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-003.924 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2019
Recorrente TOTAL ASSESSORIA E CONSULTORIA EM RESINAS PLASTICAS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2013

OMISSÃO DE RECEITAS. DEVIDA CONSTATAÇÃO DE OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL. MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA.

Diante da legítima constatação de omissão de receitas tributáveis, mediante a demonstração concreta da ocorrência de suas hipóteses legais pela Autoridade Fiscal, cabe ao contribuinte o ônus da prova da insubsistência da infração.

As alegações de defesa devem ser cabalmente comprovadas através de meio hábil, com teor diretamente relacionado aos créditos constituídos, sob pena de prevalência da acusação fiscal.

MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DIVERSA DA HIPÓTESE LEGAL PREVISTA. REMISSÃO A REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAS. AFASTAMENTO.

É necessária a efetiva e material comprovação da ocorrência de *sonegação*, *fraude* ou *conluio* para a devida aplicação da previsão contemplada no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

A simples invocação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e a remissão à Representação Fiscal para Fins Penais como fundamento para a qualificação da multa de ofício é legalmente inadequada e insubsistente.

Súmula CARF nº 14: *A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

MULTA. NÃO CONFISCO. ALEGAÇÃO SOB ARGUMENTOS EXCLUSIVAMENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedada a discussão, em esfera administrativa, sobre o afastamento de normas sob o argumento de violação a dispositivos constitucionais, sendo tal matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. Não compete ao CARF analisar

e declarar a inconstitucionalidade de lei ou normativo (Art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72 e Súmula CARF n.º 2).

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO. REFLEXOS.

Decorrendo as exigências de CSLL, PIS e COFINS da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade conhecer parcialmente do recurso voluntário e na parte conhecida, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a qualificação da multa, divergindo o Conselheiro Marco Rogério Borges que a mantinha em relação à primeira infração.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Murillo Lo Visco, Barbara Santos Guedes (Suplente Convocada), Junia Roberta Gouveia Sampaio e Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausente o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 348 a 379) interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS (fls. 319 a 330) que negou provimento à Impugnação apresentada pelo Contribuinte (fls. 283 a 309), oferecida contra o lançamento de ofício (fls. 193 a 223/ TVF - 224 a 239).

Em resumo, a contenda tem como objeto exações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS referentes ao ano-calendário de 2013, lançadas em razão da constatação das infrações de 1) *omissão de receita de vendas e serviços - não contabilização* 2) *saldo credor de caixa* 3) *falta de escrituração de compras*, 4) *passivo fictício* e 5) *omissão de receitas - suprimento por terceiros*, acompanhadas de multa qualificada (150%) e multa agravada (50%).

Foram responsabilizados os sócios e administradores da ora Recorrente, Srs. Edílson Azeituno, Nativo Martins Dias Filho e Anselmo Luiz do Rosário, com base nos termos dos arts. 124 e 135 do CTN.

As infrações foram apuradas mediante ação fiscal, que segregou a *auditoria* promovida pela Autoridade Fiscal em fatos relacionados ao IPI devido (que tramita em outro expediente administrativo) e ao IRPJ e reflexos. A confirmação da ocorrência das infrações operou-se pela insuficiência dos poucos esclarecimentos prestados, mormente, em razão do silêncio do Contribuinte em atender grande parte das intimações específicas para comprovar e justificar valores de contas e lançamentos de sua contabilidade, inclusive aquela fornecida ao Fisco pelo ambiente digital (SPED).

Os Sujeitos Passivos não se insurgiram contra o lançamento de ofício.

Por bem resumir o início da contenda, adota-se, a seguir, trechos do objetivo relatório empregado pela DRJ *a quo*:

Contra a contribuinte antes identificada foram lavrados autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 193), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 201), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 208) e Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 215). O total do crédito apurado foi de R\$ 19.509.096,27, calculado até novembro de 2017.

Foram considerados sujeitos passivos solidários, os senhores Edílson Azeituno – CPF 076.630.578-30, Nativo Martins Dias Filho – CPF 533.609.588-53 e Anselmo Luiz do Rosário - CPF 550.028.970-53, com base nos artigos 124, I e 135 do CTN.

A contribuinte pessoa jurídica apresentou impugnação (fls. 283/309).

Tanto o Termo de Verificação Fiscal, quanto a impugnação, fazem alusão à autuação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Por esse tributo não integrar o presente processo, deixo de considerar essas razões e alegações.

DAS RAZÕES DE AUTUAÇÃO

O auto de infração de IRPJ aponta cinco infrações. Passo a relatá-las.

1. Omissão de receita de venda e serviços - não contabilização

A contribuinte teria omitido receitas, pois escriturou notas fiscais por valor inferior ao que consta dos documentos. Os valores, em cada mês, são os que constam adiante: (...)

2. Saldo credor de caixa

A contribuinte foi intimada a comprovar o saldo inicial, em 01/01/2013, da conta caixa que, contabilmente, apresentava saldo de R\$ 582.521,49. Não houve a apresentação de comprovantes. Com isso, o agente do fisco desconsiderou o saldo inicial, recompôs o caixa, encontrando saldo credor nos meses de janeiro e fevereiro. Foram considerados base de cálculo os maiores saldos credores de cada período, conforme abaixo (...)

3. Falta de escrituração de compras

A contribuinte foi intimada a comprovar o pagamento das notas fiscais de compras, referidas às fls. 232, do fornecedor Avanplás Polímeros da Amazônia Ltda. Não foi efetuada a comprovação, resultando na autuação por falta de escrituração de compras, nos seguintes montantes: (...)

4. Passivo fictício

A contribuinte foi intimada a comprovar a efetividade do saldo da conta nº 2.01.02.01 – Empréstimos, no valor de R\$ 3.893.475,63. A intimação pedia:

Comprovar, com documentos hábeis e idôneos (originais e cópias), o efetivo pagamento do empréstimo, bem como as tratativas por parte da empresa para saldar esta transação tais como e-mails, TEDs, recibos ou outras formas de liquidação do débito referente ao saldo inicial de 01/01/2013 da seguinte conta de empréstimo lançada no Sped Contábil 2013 da empresa, a saber:

- 2.01.02.02.01 Conta Empréstimo = R\$ 3.893.475,63.

Não houve a comprovação solicitada, resultando na autuação por passivo fictício.

5. Omissão de receitas - suprimento por terceiros

A fiscalizada foi intimada a comprovar a composição da conta 1.01.02.09.01 - Conta Corrente Coligadas, com saldo em 01/01/2013 de R\$ 2.803.241,46. Não houve a comprovação, resultado na autuação por omissão de receitas em razão de suprimento inexistente. Os valores autuados foram considerados suprimento de caixa nos dias 03/01/2013 e 05/01/2013 conforme lançamentos no livro caixa:

(...)

Das multas aplicadas

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 225%. Abaixo transcrevo as razões para tal, constantes do Termo de Verificação Fiscal:

As multas relativas ao IRPJ, CSSL (PIS e COFINS – Reflexos) serão majoradas em 50%, com base no artigo 44, parágrafo 2o. da Lei 9.430/96, tendo a vista a

não apresentação de documentos e com isso, não prestação de esclarecimentos por parte do sujeito passivo, nos prazos marcados das intimações supra citadas.

Tais multas também serão agravadas para 150% com base nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990, considerando-se as Representações Fiscais Para Fins Penais apensadas aos Processos Administrativos Fiscais dos Autos de Infração.

DAS RAZÕES DE DEFESA

Preliminar

Da vedação ao confisco

Pede a extinção do processo sem julgamento de mérito, em função de os autos de infração apresentarem valores de atualização, juros e multa que afrontam o princípio constitucional do não confisco. Diz:

O princípio da vedação ao confisco prevista no artigo 150 IV da CF, proíbe a criação de tributos (todos) de caráter confiscatório. O confisco pode ser entendido como tributação excessiva, exacerbada ou escorchante. O tributo é inexorável, mas o poder de tributar não deve ser o poder de destruir ou aniquilar o patrimônio do sujeito passivo.

Mérito

Da intimação para comprovação da cedência de cotas

Inicialmente a defesa faz referência à intimação do fisco, dirigida ao Sr. Edilson Azeituno, para apresentação de contrato original ou documento equivalente, onde esteja descrita a cessão de um milhão de cotas da Total Comércio, Importação e Exportação Ltda. pra o Sr. Anselmo Luis do Rosário e documento original referente ao pagamento respectivo.

Afirma que o documento de cedência – a 8ª Alteração e Consolidação de Contrato Social – foi apresentado ao fisco em 14/06/2017. Diz ser evidente que, concomitantemente à assinatura desse instrumento, foi efetuado o pagamento pela cessão das quotas, através da emissão de notas promissórias. O valor da cessão seria de R\$ 80.000,00, valor razoável pois havia prejuízos acumulados de grande monta e patrimônio líquido negativo.

Da intimação para comprovação de mútuo

A defesa também se posiciona acerca da seguinte intimação efetuada pelo fisco:

2) Contrato original de empréstimo (mútuo) celebrado entre o Sr. Edilson Azeituno e a empresa TOTAL COM. IMP. E EXP. TERMOPLASTICOS LTDA., CNPJ 09.223.111/0001-31 bem como os pagamentos deste empréstimo, com os correspondentes documentos originais (idôneos), referente ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 no ano de 2013, conforme declarado pelo contribuinte Sr. Edilson Azeituno - CPF 076.630.578-30 na DIRPF- Declaração de Ajuste Anual- 2014 - ano-calendário 2013 - Dividas e ônus Reais- código 13;

A impugnante diz que ainda que o contrato não tenha sido localizado, inclusive até pelo lapso temporal, o certo é que o mesmo foi devidamente contabilizado e declarado a RFB, de acordo com a legislação vigente à época.

Da intimação para comprovação de empréstimo

Outra intimação realizada no curso da auditoria e que mereceu explicações da impugnante:

Empréstimo feito pelo Sr. Edilson Azeituno – CPF 076.630.578-30 ao Sr. Anselmo Luis do Rosário – CPF 550.028.970-53, no montante de R\$ 20.000,00 conforme DIRF – Declaração de Ajuste Anual – 2014 – ano – calendário 2013 – Declaração de bens e direitos – item 51.

Às fls. 299 a impugnante diz não ter havido tal empréstimo, como se vê no excerto adiante:

Na realidade o valor de R\$ 20.000,00 conforme DIRF – Declaração de Ajuste Anual - 2014 de Edilson Azeituno, se refere ao direito que o mesmo ainda tinha em 31/12/2013, pela venda de suas quotas sociais ao Sr. Anselmo, que ainda devia a Edilson o valor supra. Talvez possa ter havido um erro de interpretação, pois não foi efetuado qualquer empréstimo, mas sim a venda a prazo das suas quotas na empresa para o Sr. Anselmo, e em 31/12/13 ainda restava um crédito (direito) no valor de R\$ 20.000,00, ou seja, o Sr. Anselmo devia a ele, mas não a título de empréstimo.

Do Conta Corrente Coligadas

Acerca da comprovação do saldo da Conta Corrente Coligadas, que redundou na autuação por omissão de receitas em razão de suprimento inexistente no R\$ 2.803.241,46, a impugnante alega que não existiam coligadas e que teria havido erro na contabilização. Diz:

f.1) O contribuinte não tinha nenhuma coligada, portanto, o saldo de inicial de 01/01/2013, que era o saldo anterior do Balanço Patrimonial de 31/12/2012, na Conta Corrente Coligadas, no valor de R\$ 2.803.241,46, teve apenas um erro de nomenclatura e classificação contábil, que era dentro do Realizável a Curto Prazo –Duplicatas a Receber. Há de se observar que no Balanço Patrimonial encerrado em Dezembro de 2013, tal erro de classificação já tinha sido sanado.

Do saldo credor de caixa

Em relação à autuação por saldo credor de caixa, visto que o saldo inicial da conta caixa não foi comprovado, afirma:

f.2) O saldo inicial da conta caixa de 01/01/2013 no valor de R\$ 582.521,49, era apenas um fundo fixo de caixa para efeitos contábeis. Há de salientar que no exercício de 2013, conforme consta no balanço patrimonial, foram feitos bloqueios judiciais no valor de R\$ 80.229,97.

f.3) Muito ao contrário do alegado pelo fisco, não se trata de passivo fictício, tanto é fato, de que os credores desses empréstimos ainda demandam na justiça a cobrança desses valores, Senão vejamos: [...]

E segue transcrevendo uma série de ações judiciais, principalmente execuções, em que a contribuinte figura com ré.

Acerca de empréstimos

Houve a intimação para que a entidade esclarecesse dois empréstimos contabilizados a crédito da conta empréstimos e débito de caixa, um no valor de R\$ 5.500.000,00, de 15/01/2013 e outro de R\$ 510.000,00 em 01/03/2013.

A impugnante traz a seguinte justificativa:

Em ambos os casos, tratam-se de lançamentos contábeis de ajustes, sem quaisquer outras intercorrências contábeis ou fáticas.

Da conclusão acerca das razões de impugnação

A contribuinte traz, às fls. 303 o que chama de Conclusão das Razões de Impugnação, onde condensa seus argumentos de defesa. Reproduzo:

Pelos substratos fáticos, jurídicos e probatórios acima, ficou mais do que comprovado que não ocorreu quaisquer omissões de receitas; que o saldo credor de caixa, era um fundo fixo meramente contábil, e que todos os suprimentos de caixas se acham devidamente lançados no livro diário, e foram motivados por lançamentos contábeis de ajuste.

Quando ao passivo, infelizmente, ele é real e não fictício, tanto é que está devidamente comprovado não só pelas demandas judiciais, mas como também pelos contratos de empréstimo ora juntados. Por outro lado, não houve a ocorrência de qualquer omissão de compras, e eventual divergência se deve a falha na escrituração contábil e não omissão.

Processado o feito, a 5ª Turma da DRJ/POA proferiu o v. Acórdão, ora recorrido, negando provimento à defesa da Contribuinte, ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013

INGRESSOS NÃO COMPROVADOS NA CONTA CAIXA. SALDO CREDOR DE CAIXA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

A falta de comprovação do efetivo ingresso de recursos registrados no livro caixa autoriza o fisco a desconsiderar tais registros, promover a recomposição do saldo daquela conta e, em encontrando saldo credor, tributar como omissão de receitas.

OMISSÃO DE RECEITAS. ESCRITURAÇÃO A MENOR DE VENDAS.

Constitui omissão de receitas a diferença verificada entre o valor de receita apurada por meio de notas fiscais eletrônicas emitidas e os valores efetivamente escriturados.

OMISSÃO DE RECEITAS. PASSIVO FICTÍCIO

A manutenção de obrigações no passivo, decorrentes de empréstimo não comprovado com documentação hábil e idônea, caracteriza omissão de receitas.

CONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A instância administrativa não detém competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. PIS/PASEP, COFINS e CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar decisão diversa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em face de tal revés, a Contribuinte interpôs o Recurso Voluntário, ora sob análise, basicamente reiterando, resumidamente, suas alegações de Impugnação. Não se acosta documentos probatórios.

Ainda que devidamente intimados, os Sujeitos Passivos, novamente, não ofertaram *Apelo*.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

O Recurso Voluntário é manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Inicialmente, este Conselheiro registra que a análise dos *Apelos* deve se dar sob a ótica do *princípio da dialeticidade*, de modo que o teor do peça recursal define as matérias e os argumentos a serem enfrentadas pela 2ª Instância administrativa, com exceção exclusiva dos temas e ocorrências cognoscíveis de ofício.

Posto isso, passando-se ao Recurso Voluntário, temos que não há, propriamente matérias apontadas como preliminares ao mérito.

Primeiro a Recorrente versa, longamente, por diversas páginas, sobre a figura da discricionariedade, o ato administrativo e os limites de atuação das Autoridades Públicas.

Em suma, afirma que o lançamento de ofício e aplicação das multa deu-se *única e exclusivamente com base em presunções de elementos contábeis, ou a falta deles, que vão além dos limites do poder discricionário autorizados pela legislação específica, especialmente do IPI e do IRPJ*. E, por mais diversas outras laudas, analisa os contornos jurídicos do *poder-dever* da Administração estatal, os princípios que lhe informam e a natureza do ato administrativo, citando juristas e professores de Direito Constitucional e Administrativo.

Ocorre que tal grande porção do *Apelo* é manifestamente introdutória e não culmina em oposição direta a nenhum elemento específico do lançamento, sequer havendo conclusão sobre como se opera a aplicação de tal arrazoado à defesa empreendida.

Na sequência, a Recorrente passa a versar sobre **a efetiva ocorrência de confisco**.

Em tais alegações, a Recorrente afirma ser confiscatória a monta das penalidades aplicadas, invocando, novamente lições de juristas do Direito Tributário, que repudiam tal prática. Ao final, conclui que devem ser anuladas as sanções, por violação a tal proibição constitucional ao poder de tributar.

Ocorre que o único arrimo legal objetivamente trazido para justificar tal pretensão recursal é o inciso IV do art. 150 da Carta da República e cita a matéria foi julgada

favoravelmente aos interesses dos contribuintes por meio da *ADIN nº 551/RJ* (não cita ou colaciona o julgado).

Posto isso, tendo em vista que tal precedente do Poder Judiciário não tem efeito vinculante, o afastamento da exação, ou qualquer de seus componentes legais, sob tais argumentos e norma constitucional, encontra óbice no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, bem como na Súmula nº 2¹ deste E. CARF, não se podendo conhecer das alegações exclusivamente fundamentadas em dispositivos constitucionais.

Segue a Recorrente versando sobre a infração de **omissão de receita pela não contabilização vendas e serviços**. Sobre tal tema, afirma que *entregou ao fisco, toda sua escrituração fiscal, constante dos Livros fiscais correspondentes, cujos reflexos estão devidamente registrados em suas peças e demonstrativos contábeis, seja em seus Balanços e/ou Balancetes e Diários*.

Acrescenta que a Contribuinte e seus responsáveis se pautaram sempre pela boa-fé, agindo dentro da legalidade, reiterando que *os livros fiscais de referido período efetivamente refletem a verdade dos números que lá estão escriturados, sem qualquer tipo de vício e/ou falsificação, logo NADA A SE FALAR quanto omissão de receitas em razão da não contabilização das vendas e serviços na forma informada pelo fisco*.

Pois bem, deve se considerar que tal infração foi devida e regularmente apurada entre o confronto, registrado nos autos, das Notas Fiscais eletrônicas e a ECD (*sped contábil*, como mencionado no TVF) do período correspondente, transmitida ao Fisco, não havendo comprovação de sua improcedência ao tempo da fiscalização, mesmo após intimações.

Caberia, então, à Recorrente a prova da improcedência de tal constatação, demonstrando não só o registro de tais valores, mas, principalmente, que fora tal monta *excedente* ofertada à tributação ou, de alguma forma, o valor das Notas Fiscais não refletiria a realizada.

Ao seu turno, a Contribuinte traz apenas afirmações genéricas de que regularidade contábil, sem remeter a nenhum documento, limitando sua defesa ao teor postulatório de suas alegações. Sequer se especifica os *livros contábeis* que supririam tal omissão. Tal manobra não combate a infração apurada, devendo, então, prevalecer as exigências tributárias correspondentes.

Posteriormente, alega a Recorrente, em suma, que em relação **saldo credor de caixa**, teria sido a Empresa alvo de inúmeros pedidos de penhora *on-line* não podendo manter

¹ O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

seus recursos no sistema financeiro, *sendo forçada a operar sua já diminuída capacidade financeira em referida conta caixa, aliás, legalmente permitido, e não banco.*

Conclui que *restou as razões da existência efetiva dos saldos em conta caixa, não podendo os mesmos serem presumidos receitas não contabilizadas, a gerar o direito à aplicação da penalidade na forma em quem foi imposta a este contribuinte, razão pela qual, deverá ser cancelada referida penalidade quanto a esse quesito.*

Em primeiro lugar, a Recorrente reconhece o saldo credor de caixa apurado pela Fiscalização. Não há combate ou negação quanto à sua ocorrência, que dá margem legal objetiva à configuração de omissão de receitas, permitindo a exação fiscal.

Ainda que fosse plausível tal alegação e houvesse prova dos motivos alegados pela Recorrente para ter percebido saldo credor no período, tal fato não elide o teor da norma tributária contida no art. 281, inciso I, do RIR/99. Dessa forma, prevalece a exigência fiscal correspondente.

Ainda, a Recorrente informa que, em relação à infração de **omissão de receitas por falta de escrituração de compras**, *teria este contribuinte informa que escriturou corretamente todas as Notas Fiscais de entrada, na forma como constam expressamente de seus regulares livros de Entradas de Mercadorias e Apuração de Tributos, os quais NÃO FORAM verificados pelo órgão fiscalizador, que de forma isolada, sem considerar demais argumentos e meios de prova deste, simplesmente optou em lançar a debito deste contribuinte, a penalidade na forma como consta de referido termo.*

Acrescenta que teria se valido a Fiscalização de *meros indícios a justificar referida imposição de multa* e que os créditos devem analisados individualizadamente, observado que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica. Traz julgados do antigo E. Conselho de Contribuintes sobre omissão de receitas.

Diferentemente do alegado, a constatação da Fiscalização deu-se pelo cruzamento dos dados contidos nas Notas Fiscais emitidas por um de seus fornecedores com a sua escrituração digital, transmitida pela Contribuinte à Receita Federal do Brasil. Desse modo, não há em se falar de *meros indícios* ou presunção da ocorrência da infração.

Mais do que isso: durante a Fiscalização a Recorrente foi intimada duas vezes para justificar a ausência de escrituração das compras expressas naquelas Notas Fiscais e assim não o fez. Também não há indicação de onde estariam escrituradas tais aquisição, afastando-se a afirmação de lisura contábil.

As demais afirmações sobre *transferência de outras contas da própria pessoa jurídica* não se relacionam à matéria. Posto isso, prevalece a exigência tributária.

Segue a Recorrente combatendo a constatação de **passivo fictício**, defendendo-se em singular parágrafo, no qual afirma que *diferente do entendimento presumido pelo fisco, NADA A SE FALAR, reiterando que de fato, o mesmo infelizmente, de fato é real e NÃO fictício, tanto é que está devidamente comprovado não só pelas demandas judiciais acima informadas, mas como também pelos contratos de empréstimo já anexos e devidamente informados, razão das diversas ações de execução, algumas em andamento até os dias de hoje, aliás, que são públicas, e podem ser acessadas por meio de mera pesquisa junto ao site do TJSP, a comprovar referidas alegações, logo, improcedente .referida penalidade.*

Tal alegação mal se adequa ao combate da constatação pelo Fisco de insubsistência material dos seus lançamento, registrados em ECD, nas contas 1.01.02.09.01 *Conta Corrente Coligadas*; 1.01.01.01.01 *Conta Caixa* e 2.01.02.02.01 *Conta Empréstimo*.

Em relação às demandas judiciais, tal alegação é manifestamente abstrata e genérica. Não se deu a Recorrente ao trabalho de sequer apontar a natureza das Ações Judiciais e, principalmente, não se esclarece como tal contingenciamento de contencioso teria se materializado em contas referentes a *caixa, coligadas e Empréstimos*.

No que tange aos contratos de empréstimo *já anexos e devidamente informados* (sem menção ou referência de onde se encontram nos autos), estes não foram localizados neste processo por este Conselheiro. Assim, não há razão para afastar tal infração.

Por fim, versa sobre a infração de **omissão de receitas por suprimimento de terceiros**, afirmando que *NUNCA manteve empresas coligadas em seu nome nem de seus eventuais responsáveis à época*. Afirma que a infração é construída em mera presunção do Fisco.

Adiciona, dizendo que *os saldos que constam demonstrados em referias [SIC] contas contábeis refletem a realidade dos fatos apurados naquele momento de sua escrituração, ressalvados eventuais erros de classificação e/ou reclassificação contábil, estes, perfeitamente aceitos no segmento contábil, e passíveis de correção, mesmo que “a posteriori”, sem que isso possa vir a demonstrar eventual ocultação de receitas, que pudesse justificar a emissão da penalidade na forma como constou de referido item, devendo, pois, ser cancelada referida imposição, o que também se requer quanto a este item.*

Mais uma vez está-se diante de alegações abstratas e genéricas, sem qualquer arrimo em prova.

Ora, a Fiscalização identificou na própria ECD transferência no montante de R\$ 5.500.000,00, registrado a crédito na conta empréstimo 2.01.02.02.01 e a débito na conta Caixa 1.01.01.01,01. A mera afirmação de não possuir coligadas e de que a escrituração contábil refletia a realidade, ressalvados erros, simplesmente, não combate o lançamento.

Dessa forma, mantém-se a exigência fiscal.

Ao final a Contribuinte novamente versa sobre a confiscatoriedade das multas que lhe foram aplicadas, apontando para a sua contrariedade constitucional. Tal tema já foi superado.

Não há questionamento do agravamento da multa em 50%.

Todavia, em relação à qualificação das multas, observa este Conselheiro que no TVF assim foi motivada e fundamentada tal postura fiscal:

Tais multas também serão agravadas para 150% com base nos artigos 1º e 2º Da Lei 8.137/1990, considerando-se as Representações Fiscais Para Fins Penais apensadas aos Processos Administrativos Fiscais dos Autos de Infração.
(fls. 233)

Não há qualquer outro trecho, fundamento ou menção à qualificação das penalidades.

Diante disso, de maneira espontânea, *ex officio*, este Conselheiro reconhece a inadequação jurídica da aplicação de tal duplicação sancionatória.

A multa agravada, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 demanda a demonstração da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio para a sua devida aplicação. Observe que a Autoridade Fiscal sequer menciona qualquer uma das 3 (três) hipóteses legais para a elevação punitiva ao patamar de 150% - e muito menos promove sua efetiva comprovação.

No caso, a Fiscalização justifica tal *agravamento* invocando os art. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, que, ainda que verse sobre crimes contra a ordem tributária, **não** é mencionada no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Há, então, profunda deficiência de fundamentação legal da sanção.

Mais relevante é o fato do TVF remeter todo seu fundamento às *Representações Fiscais Para Fins Penais*. Ora, tal documento não compõe o lançamento de ofício e não concorre para a constituição do crédito tributário e aplicação da sanção correspondente, nos termos do art. 142 e 149 do CTN.

A Representação Fiscal Para Fins Penais é documento dispensável para exigência tributário e para o apenamento pelo ilícito fiscal, referindo-se a uma prerrogativa/dever secundário das Autoridades Fiscais.

Inclusive, não é competência deste E. Conselho conhecer de tal *peça*, nos termos da Súmula CAR nº 28:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Não pode a fundamentação da qualificação da multa (de efetiva competência deste E. CARF) ficar resumida e se confundir com os termos Representação Fiscal Para Fins Penais (que não é de competência deste E. CARF).

E frise-se que, nas *Representações Fiscais Para Fins Penais* apensadas a este feito apenas aponta-se genericamente para a ocorrência de crimes contra a ordens tributária, colacionado os dispositivos legais, remetendo-se - paradoxalmente - ao TVF para sua descrição.

Por fim, se apenas considerados os demais termos e fatos narrados no TVF, que versam sobre as infrações tributárias apuradas, não poderia, igualmente, justificar a qualificação, nos termos da Súmula CARF nº 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Posto isso, reconhece-se a nulidade do ato de qualificação das multas de ofício aplicadas, por deficiência e carência de base legal, fundamento e motivação. Mesmo entendendo não ser caso de nulidade, a forma como apresentada o TVF neste quesito legal, confronta-se com entendimento há muito sumulado por este E. CARF, justificando também seu afastamento.

Aos tributos *reflexos*, aplica-se o mesmo desfecho jurisdicional adotado para o IRPJ.

Diante de todo o exposto, voto não conhecer do Recurso Voluntário em relação à matéria de natureza constitucional e, na parte conhecida, voto por dar-lhe provimento parcial, apenas para afastar a qualificação das multas de ofício, reduzindo-as ao patamar ordinário de 75%.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella