



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

Processo nº 10315.002249/2008-25
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.189 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente FLAMAX SERVIÇOS DE MAO OBRAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO BASEADO EM INFORMAÇÕES DE TERCEIROS. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Em caso de auto de infração, os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando ao contraditório os atos praticados nesta fase. A legislação estabelece, de um lado, o dever do contribuinte de guardar os livros obrigatórios de sua escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos efetuados para exibi-los às autoridades quando requerido (art. 195 do CTN), e, de outro, o ônus do fiscal de reunir todas as provas para consubstanciar as alegações feitas no lançamento, este entendido como atividade administrativa vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN). O momento oportuno para o contribuinte se manifestar contra a validade das provas obtidas pela fiscalização é a impugnação da exigência, com o que se inicia o processo administrativo. Somente então é que se pode falar em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS LEGAIS E PERTINÊNCIA.

O pedido de perícia deve seguir as exigências do 16 do Decreto 70.235/1972. A perícia não tem como função principal servir de defesa do contribuinte, mas antes auxiliar o convencimento do julgador quando neste é gerada alguma dúvida em face dos documentos e argumentos trazidos aos autos pelas partes. É ônus das partes trazer aos autos documentos e argumentos capazes de gerar tal dúvida, sem a qual a perícia pode sim ser indeferida.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO. LANÇAMENTO BASEADO EM NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE E EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Não sendo a empresa capaz de infirmar informações oficiais prestadas por terceiros e havendo na legislação autorização para a presunção de omissão de receitas, caberia à contribuinte fazer prova de que tais receitas não foram por ela auferidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. MULTA QUALIFICADA.

O lançamento por omissão de receitas não autoriza, por si só, a qualificação da multa de ofício, sendo necessário indicar especificamente o ato ilícito praticado pelo contribuinte que deu ensejo à exasperação da penalidade. Súmulas CARF 14 e 25.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário para tão somente reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto De Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Trata-se de auto de infração para cobrança de IRPJ e CSLL no regime de lucro presumido, por alegada omissão de receitas da atividade, acrescidos de multa de 150% e juros SELIC.

A fundamentação legal indicada foram o artigo 528 do RIR/99 para o IRPJ e os artigos 22 da Lei 10.684/03 e 37 da Lei no 10.637/02 para a CSLL (fls. 319 e seguintes).

O Relatório Fiscal de fls. 3-10 e o Termo de Constatação Fiscal de fls. 293-315 observam que, da análise das informações contidas nas Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF apresentadas por diversas pessoas jurídicas (em sua maioria Prefeituras), ficou comprovado que o contribuinte auferiu receitas nos anos-calendário de 2004 a 2007 as quais não foram declaradas ou foram declaradas a menor nas DCTFs apresentadas. Não há indicação expressa dos motivos que levaram à qualificação da multa.

Impugnada a autuação, em 18 de março de 2009 a Delegacia Da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza - CE manteve o lançamento, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

PRELIMINAR. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado, o auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Toma-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO. NÃO VINCULAÇÃO.

As referências a entendimentos proferidos em acórdãos do Conselho de Contribuintes ou em manifestações da doutrina especializada não vinculam os julgamentos administrativos emanados em primeiro grau pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

ARROLAMENTO DE BENS.

A partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.976, a Receita Federal deixou de exigir o arrolamento de bens como condição para o ingresso do recurso voluntário.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

1. O procedimento de formalização do Processo de Representação Fiscal para Fins-Penais juntamente com o de formalização da exigência tributária encontra-se devidamente aparado pela legislação tributária vigente.

2. Não se vislumbra que a existência da representação penal possa causar constrangimento à defesa, haja vista que a comunicação ao Ministério Público

somente ocorre após o encerramento do litígio administrativo, sem o correspondente pagamento do tributo devido.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004-2005, 2006, 2007

ARBITRAMENTO DO LUCRO NÃO EFETIVADO.

Descabidos os argumentos da defesa contra o arbitramento do lucro, quando não foi essa a forma de apuração do imposto adotada no lançamento.

VALORES APURADOS COM BASE NA DIRF.

Os dados constantes nas Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF, apresentadas por diversas fontes pagadores, são, até prova em contrário, hábeis para comprovar os valores nelas contidos.

Lançamento Procedente

Intimada em 31 de março de 2009 (AR de fl. 527) , a contribuinte apresentou recurso voluntário em 28 de abril de 2009, alegando, em síntese, a nulidade do auto de infração, pelas seguintes razões:

- insurge-se quanto ao indeferimento do pedido de perícia.
- alega cerceamento do direito de defesa, já que todo procedimento fiscal foi baseado tão somente em informações fiscais fornecidas por diversas pessoas jurídicas e por ofício do Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco, sem, contudo, o agente Autuante verificar em nenhum momento a consistência de tais dados ou intimar a contribuinte para se manifestar sobre eles.
- sustenta que *"a não apresentação dos documentos instados em termo de intimação, deveriam de pronto ser lavrado um auto de infração por embargo à fiscalização, não por omissão de vendas, dado a inexistência de prova contundente de omissão de receita"*.
- defende a desnecessidade e inconstitucionalidade de arrolamento de bens como forma de impedir o acesso ao recurso
- sustenta a desnecessidade da representação fiscal para fins penais, tendo em vista que o processo penal no caso de crime contra a ordem tributária só deve ter andamento após a conclusão do procedimento administrativo- tributário.
- afirma, por fim, que *"jamais a autuação poderia ser aplicada, com base em lucro arbitrado, e/ou embasado em informações, diga-se de passagem, sem sustentabilidade, vez que as informações cedidas não condizem com a realidade dos fatos, portanto, não restou provado a efetiva venda dos serviços, e o conseqüente fato gerador do tributo, débito autuado gerado de uma informação de terceiros, que a autuada não teve sequer o direito de prestar esclarecimentos a cerca dos mesmos."*

Recebi o processo em distribuição realizada em 21 de setembro de 2017.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Preliminarmente, a Recorrente sustenta a nulidade do auto de infração em razão do indeferimento do pedido de perícia.

Neste ponto deve ser mantida a decisão recorrida já que, além de o pedido não ter seguido as exigências do 16 do Decreto 70.235/1972, a perícia não tem como função principal servir de defesa do contribuinte, mas antes auxiliar o convencimento do julgador quando neste é gerada alguma dúvida em face dos documentos e argumentos trazidos aos autos pelas partes. Em outras palavras, é ônus das partes trazer aos autos documentos e argumentos capazes de gerar tal dúvida, sem a qual a perícia pode sim ser indeferida.

O contribuinte também sustenta a nulidade do auto de infração eis que este teria sido baseado em informações de terceiros, sem que ela tivesse tido a oportunidade de se manifestar sobre tais dados.

O Relatório Fiscal de fls. 3-10 assim descreve a condução do procedimento fiscal (grifos nossos):

(...)

2. Em 28/03/2008 foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal - MPF autorizando a fiscalização do IRPJ no período de apuração de 01/2005 a 12/2005. Vide folha 010.

3. Em 13/06/2008 foi lavrado TERMO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL no qual o contribuinte foi intimado a apresentar diversos livros e documentos. Vide folha 011.

4. Em 29/07/2008 o contribuinte solicitou dilação do prazo para apresentação da documentação solicitada pela fiscalização. Vide folha 013.

5. Em 13/08/2008 o contribuinte apresentou parte da documentação solicitada.

6. Em 10/10/2008, à vista da documentação encaminhada através do ofício nº 184/2005, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, foi lavrada representação solicitando ampliação do período a ser fiscalizado. Vide folhas 16 a 45.

7. Em 20/10/2008 foi lavrado TERMO DE CIÊNCIA E DE CONTINUAÇÃO DE PROCEDIMENTOS FISCAL (fl. 46) para cientificar o contribuinte da inclusão de novos períodos de

apuração, abrangendo a ação fiscal os anos-calendário 2004 a 2007.

8. Em 22/10/2008 foi lavrado TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (fl. 48) no qual o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos valores creditados nas suas contas bancárias.

9. Em 31/10/2008 o contribuinte solicitou dilação do prazo para apresentação de resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO acima referido. Vide folha 055.

10. Em 03/11/2008 foi lavrado TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (fl. 56) no qual o contribuinte foi intimado a apresentar os livros Diário e Razão.

11. Em 10/11/2008 o contribuinte apresentou resposta (fl. 58) ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL lavrado em 03/11/2008, informando que não escriturou os livros Diário e Razão.

12. Em 26/11/2008 o contribuinte apresentou resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL lavrado em 22/10/2008, informando a origem dos valores depositados em suas contas bancárias. Vide folhas 59 a 62.

13. Em 08/12/2008 foi lavrado TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL no qual ficou constatado que diversas fontes pagadoras informaram, em suas Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte — DIRF, pagamento de rendimentos tributáveis ao contribuinte. Vide folhas 260 a 282.

Da análise dos documentos acostados aos autos e referidos no trecho do Relatório Fiscal acima transcrito nota-se que (i) a documentação encaminhada através do ofício nº 184/2005, mencionada no item 6 acima, consiste em diversas notas fiscais de serviços emitidas pela própria Recorrente no ano-calendário de 2004, durante o qual ela apresentou DCTFs com valores de débito zerados; (ii) intimada a se manifestar sobre valores depositados em suas contas correntes bancárias no ano de 2005, nos termos do item 12 acima, a Recorrente apresentou resposta à intimação na qual explica especificamente a origem de alguns depósitos (em geral os de menor valor), informa genericamente que alguns eram depósitos efetuados por prefeitura Municipais relativos a serviços prestados a estas e silencia quanto a diversos depósitos (em geral os de maior valor) -- embora alguns dos depósitos tivessem valor superior a 100 mil reais, a DCTF apresentada pela Recorrente referente a 2005 contemplou débitos de IRPJ e CSLL que somados não chegam a 15 mil reais.

De fato, a Recorrente não foi intimada a se manifestar sobre os valores constantes das DIRFs apresentadas pelas fontes pagadoras nos anos de 2004 a 2007, nem lhe foi solicitada a apresentação de qualquer outro documento relativo aos anos calendário de 2006 e 2007 à exceção dos livros Diário e Razão (os quais a Recorrente informou não ter escriturado).

A questão é se tal intimação seria realmente necessária, ou seja, se as provas utilizadas pela autoridade fiscal para a lavratura do auto de infração devem ser produzidas em contraditório.

Entendo que a resposta é negativa.

O procedimento fiscal é, inicialmente, inquisitório, havendo, de um lado, o dever do contribuinte de guardar os livros obrigatórios de sua escrituração comercial e fiscal e

os comprovantes dos lançamentos efetuados para exhibi-los às autoridades quando requerido (art. 195 do CTN), e, de outro, o ônus do fiscal de reunir todas as provas para consubstanciar as alegações feitas no lançamento, este entendido como atividade administrativa vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN).

Assim, no caso de autuação fiscal, o dito processo administrativo -- procedimento em contraditório -- apenas tem início com a impugnação apresentada pelo sujeito passivo. Tanto é que o artigo 59, II, do Decreto 70.235/1972 apenas menciona haver cerceamento ao direito de defesa quanto a despachos e decisões proferidos, não quanto a autos de infração.

Por óbvio, os autos de infração não podem ser lavrados ao bel prazer das autoridades fiscais e há um regramento a ser seguido, conforme garante os artigos 194 e seguintes do CTN (e que atualmente consta do Decreto 70.235/1972), mas não há que se falar propriamente em garantia de contraditório e ampla defesa nesta fase essencialmente inquisitória.

Neste aspecto a decisão da DRJ é irretocável, razão pela qual me permito reproduzir os pertinentes trechos:

Sobre o assunto cabe esclarecer que, conforme lição de James Marins, em Direito Processual Tributário Brasileiro, Editora Dialética, 2001, p.252, "ocorrem no âmbito administrativo-fiscal três momentos ontologicamente distintos: 1. procedimento preparatório do ato de lançamento tributário; 2. ato de lançamento; e 3. processo de julgamento da lide fiscal".

"A primeira etapa, sempre que não implique pretensão ou sanção tributária, não tem caráter propriamente processual, senão que regula o procedimento administrativo enquanto iter preparatório para a prática do ato de lançamento. A expressão comumente utilizada — "procedimento de lançamento" — é a contração imperfeita da dicção "procedimento fiscal preparatório do ato de lançamento" e tem origem na defeituosa redação do art. 142 do CTN, que não distingue entre o ato de lançamento e o procedimento administrativo que freqüentemente lhe precede".

Essa primeira fase, embora normalmente preceda à constituição de ofício do crédito tributário, pode, em determinadas situações, se revelar prescindível. Isso porque, desde que a administração fiscal já disponha dos dados necessários à constituição do crédito tributário, não faz sentido a realização de procedimentos de diligência, com o intuito de apurar fatos que já são de conhecimento do fisco.

Assim, o ato de lançamento pode ocorrer sem qualquer procedimento anterior, quando a administração fiscal já dispuser de informações suficientes para configuração do fato impositivo.

O procedimento preparatório do ato de lançamento, enquanto atividade administrativa vinculada, ex vi do disposto no parágrafo único do art. 142 do CTN, é atividade meramente fiscalizatória, não envolvendo litígio entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública.

Dá porque, nessa etapa não há que se falar em contraditório ou ampla defesa, pois não há, ainda, qualquer espécie de pretensão fiscal sendo exigida pela Fazenda Pública, mas tão-somente o exercício da faculdade da administração tributária em verificar o fiel cumprimento da legislação tributária por parte do sujeito passivo.

O segundo momento corresponde ao ato administrativo do lançamento com o objetivo de constituir o crédito tributário, conforme definido no art. 142 do CTN.

"Com a notificação de lançamento se oportuniza formalmente ao contribuinte a impugnação à pretensão fiscal, com o que se dispara a etapa propriamente litigiosa da relação administrativa, modificando o regime jurídico incidente sobre a atividade do órgão fazendário que passa a laborar sob o influxo das garantias constitucionais do processo administrativo de julgamento."

Uma vez questionada tempestivamente a exigência pelo sujeito passivo, configura-se o litígio na esfera administrativa. Inicia-se, assim, a terceira etapa acima indicada, que corresponde ao processo administrativo-fiscal propriamente dito.

Desta forma, no presente caso, os argumentos da defesa somente fariam sentido se ele não tivesse sido devidamente cientificado do presente lançamento e/ou não tivesse tido acesso às provas que lhe dão sustentação, o que não ocorreu no caso em análise.

O momento oportuno para o contribuinte se manifestar contra a validade das provas obtidas, pela fiscalização (notas fiscais e DIRFs fornecidos por prefeituras) é na presente fase processual, por intermédio do ato de impugnação da exigência.

Portanto, considerando-se que as alegações do impugnante se referem à suposta falta de intimação durante a fase procedimental, e não na presente fase processual, não há como acolher a tese de nulidade por transgressão aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do due process of law.

Importante observar que a situação seria outra fosse o caso de o processo administrativo ter sido iniciado pelo próprio contribuinte, como ocorre nos pedidos de restituição e compensação de tributos (PER/DCOMP). É que aí não há fase inquisitória e o contraditório e a ampla defesa devem ser garantidos de plano, eis que o procedimento já se inicia sob a forma de processo administrativo. Mas não é o caso dos autos.

Não há, portanto, qualquer vício de nulidade no auto de infração em questão.

No mérito, a contribuinte inicialmente alega que a não apresentação dos documentos instados em termo de intimação deveria gerar a lavratura de auto de infração por embaraço à fiscalização e não por omissão de vendas, dado a inexistência de prova contundente de omissão de receita.

Neste ponto há uma certa confusão de institutos, já que o termo de embaraço à fiscalização e a lavratura de auto de infração por omissão de receitas não são atos contrapostos, pelo contrário, podem coexistir em um mesmo procedimento fiscal já que suas hipóteses de aplicação são bem diferentes.

O termo de embaraço à fiscalização deve ser lavrado diante da negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública. Sua lavratura autoriza a adoção de providências como a inclusão do contribuinte em regime especial de fiscalização e o agravamento da multa imposta no auto de infração, conforme previsto por exemplo nos artigos 33, §5º e 44, §2º, da Lei 9.430/1996.

Já o lançamento por omissão de receitas está previsto para hipóteses como: (i) "falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada" (art. 40 da Lei 9.430/1996); e (ii) "valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações" (art. 42 da Lei 9.430/1996). Neste caso, o valor da receita omitida é incluído na apuração realizada pelo sujeito passivo, conforme ele tenha escolhido pelo regime de lucro real ou presumido.

No caso, considerando que a contribuinte respondeu às intimações (informando, por exemplo, não ter escriturado os livros), não era mesmo o caso de lavratura de termo de embargo à fiscalização. Por outro lado, em tendo sido identificadas receitas que não constaram da apuração fiscal da contribuinte, correta a inclusão de tais valores omitidos na base de cálculo utilizada para o lançamento dos tributos conforme procedeu a autoridade autuante.

Observo que não procede a alegação da Recorrente de que ela deveria ter sido intimada para, em 5 dias úteis, "fazer as escritas fiscal e contábil", e caso não cumprisse, estaria caracterizada uma infração por descumprimento de obrigação acessória, e outra de embargo à fiscalização. Não há tal previsão na legislação e, conforme apontou a decisão recorrida, não houve arbitramento do lucro da pessoa jurídica mas tão somente lançamento por omissão de receitas.

Quanto à alegação de desnecessidade e inconstitucionalidade de arrolamento de bens como forma de impedir o acesso ao recurso, esta também resta vazia de aplicação já que, também conforme apontou a decisão recorrida, não há registro nos autos de qualquer ato da autoridade local de que tenham sido arrolados bens do sujeito passivo.

No mérito, também não procede a afirmação da Recorrente de que *"jamaís a autuação poderia ser aplicada, com base em lucro arbitrado, e/ou embasado em informações, diga-se de passagem, sem sustentabilidade, vez que as informações cedidas não condizem com a realidade dos fatos, portanto, não restou provado a efetiva venda dos serviços, e o conseqüente fato gerador do tributo, débito autuado gerado de uma informação de terceiros, que a autuada não teve sequer o direito de prestar esclarecimentos a cerca dos mesmos."*

Como já observado, não se tratou de autuação com base no lucro arbitrado mas apenas de inclusão das receitas omitidas na base de cálculo adotada pela própria Recorrente. Sendo a hipótese de arbitramento medida extrema, a ser adotada apenas nos casos expressamente previstos na legislação, entendo por acertada a conduta da autoridade fiscal autuante de, uma vez identificadas receitas omitidas, incluí-las na apuração dos tributos efetuada pela própria pessoa jurídica.

Ademais, o lançamento foi baseado tanto em notas fiscais emitidas pela Recorrente (no caso do ano calendário de 2004), em lançamentos constantes de contas correntes bancárias da própria Recorrente para os quais esta não apresentou justificativa (caso do ano calendário de 2005), bem como, para todos os períodos, em informações oficiais prestadas por terceiros as quais a Recorrente não foi capaz de infirmar. Diante das robustas provas constantes dos autos, era ônus da Recorrente fazer prova de que tais receitas não foram por ela auferidas, o que não ocorreu.

Assim, entendo que no mérito o auto de infração também deve ser mantido.

Por fim, sobre a alegação da Recorrente de que a representação fiscal para fins penais seria desnecessária tendo em vista que o processo penal no caso de crime contra a ordem tributária só deve ter andamento após a conclusão do procedimento administrativo-tributário, são igualmente insubsistentes os seus argumentos. Isso porque a formalização da representação fiscal para fins penais está prevista na legislação vigente e, enquanto durar o contencioso administrativo, tal representação não será encaminhada ao Ministério Público, o que afasta de vez qualquer possibilidade de constrangimento do autuado.

Não obstante, entendo que, no caso, não há base fática para a imposição da representação fiscal para fins penais nem, por consequência, do agravamento da multa.

Isso porque nem o auto de infração nem os relatórios que o acompanham indicam especificamente os fatos que levaram à formalização da representação fiscal para fins penais e a consequente imposição de multa. Sobre a questão, as únicas palavras do Relatório Fiscal são as seguintes:

29. Atendendo ao disposto no art. 1º da portaria SRF nº 326, de 15 de março de 2005, será formalizada representação fiscal para fins penais.

30. Cabe ressaltar que no período abrangido pela ação fiscal (Janeiro/2004 a dezembro/2007) o contribuinte alterou o nome empresarial em duas ocasiões. A última alteração ocorreu em 04/12/2008, passando o nome empresarial de "RIPAX SERVIÇOS DE MÃO DE OBRAS LTDA.", para "FLAMAX SERVIÇOS DE MÃO DE OBRAS LTDA." Vide folhas 284 a 285.

O artigo 1º da Portaria SRF 326/2005 referida no Relatório Fiscal assim dispõe:

Art. 1º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal deverão formalizar representação fiscal para fins penais, perante o Delegado ou Inspetor da Receita Federal responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal, sempre que no curso de ação fiscal identificarem situações que, em tese, configurem crime definido no art. 1º ou 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou no art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Como visto, apenas se cita a legislação, sem indicar o ato praticado pelo contribuinte que se subsumiria a tal hipótese geral e abstrata.

É provável que a autoridade autuante tenha entendido que era o caso de lavrar a representação fiscal para fins penais e impor a exasperação da multa em razão da reiteração de omissão de receitas, já que esta foi identificada por pelo menos 4 anos seguidos. Mas fato é que não o fez expressamente, o que impediu a específica defesa por parte do contribuinte. Da forma como veio a autuação, a Recorrente apenas se defendeu genericamente de tal representação, visto que tal ônus lhe foi imposto também apenas genericamente.

As súmulas editadas por este CARF corroboram o entendimento de que o lançamento por omissão de receitas não autoriza, por si só, a qualificação da multa de ofício, sendo necessário indicar especificamente o ato ilícito praticado pelo contribuinte que deu ensejo a tal penalidade. Veja-se:

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.

Processo nº 10315.002249/2008-25
Acórdão n.º **1401-002.189**

S1-C4T1
Fl. 598

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Assim, entendo que a multa deve ser aplicada no percentual de 75%.

Ante o exposto, oriento meu voto para rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, julgar parcialmente procedente o recurso, reduzindo a multa ao percentual de ofício de 75%.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano