



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

Processo n° 10580.006633/2006-03
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1301-000.463 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de dezembro de 2010
Matéria IRPJ/RECEITA ESCRITURADA E NÃO DECLARADA E/OU /PAGA
Recorrente INSBOT INSTITUTO BAHIANO DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

FALTA DE RECOLHIMENTO. RECEITA ESCRITURADA.

Configurada a infração à legislação tributária pela falta de recolhimento do tributo devido, apurada de ofício com base no lucro real oriundo de receita escriturada e não declarada, é cabível o lançamento para exigência do correspondente crédito tributário.

ARGÜIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. ESFERA ADMINISTRATIVA.

Incabível a argüição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar a aplicação de norma inserida regularmente no ordenamento jurídico, em face de tal prerrogativa ser exclusiva do poder judiciário.

ILÍCITO TRIBUTÁRIO. MULTA DE OFÍCIO.

Verificada a ocorrência de ilícito tributário em procedimento regular de fiscalização, é cabível a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Guilherme Tollastrí Gomes da Silva e Sandra Maria Dias Nunes. Ausência momentânea do Conselheiro Valmir Sandri.

Por bem descrever os fatos adoto o relatório do acórdão recorrido, a saber:

Trata o presente processo do Auto de Infração de IRPJ, de folhas n.º s. 05 a 10, lavrado contra a Contribuinte acima identificada, para a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 97.459,03 (noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e três centavos), incluindo juros de mora calculado até 30/06/2006 e multa proporcional de 75%.

2. De acordo com o referido Auto, o crédito tributário ali lançado foi constituído em razão de a Fiscalização apontar a "FALTA DE RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA — INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO OU DECLARAÇÃO", do ano-calendário de 2002, pelo regime de apuração do lucro real trimestral, sendo R\$ 17.602,00, fato gerador 30/06/2002, e R\$ 23.240,95, fato gerador, 31/12/2002, tendo como enquadramento legal o art. 841, I, III e IV, do Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 29 de março de 1999 (RIR/1999).

3. Consta na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" do Auto, que foram disponibilizados à Fiscalização os livros contábeis com as demonstrações financeiras, como também que *"o contribuinte apresentou Declaração de Informações da Pessoa Jurídica — DIPJ relativa ao ano fiscalizado, em 30 de junho de 2003, com valores `zerados'. Também não informou os valores devidos do IRPJ e da CSLL na Declaração de Débitos e Créditos da Pessoa Jurídica — DCTF, e tampouco pagou os valores devidos."*

4. Ciente da autuação em 25/07/2006, no dia 23/08/2006, a Interessada, por seu patrono regularmente constituído, protocoliza petição na repartição competente, onde, após fazer um breve relato dos elementos (fatos) que, a seu ver, deram causa à autuação, impugna o lançamento, alegando, em síntese, que (fls. 56 a 70):

a) via o Mandado de Segurança n.º 1999.33.00.015249-8, pleiteou o reconhecimento do seu direito relativamente à isenção da Cofins, com base no art. 6.º, da Lei Complementar n.º 70, de 1991, revogado de forma irregular pela Lei Ordinária n.º 9.430, de 1996;

b) nos autos do referido mandado de segurança foi proferida sentença concessiva de segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida, no sentido de obstar qualquer cobrança da Cofins a ser perpetrada contra si;

c) após decisão do Superior Tribunal de Justiça — STJ, em fevereiro de 2003, atualmente o processo está aguardando julgamento de agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal — STF, para tentar dar seguimento ao Recurso Extraordinário interposto, no entanto o STJ já se posicionou pelo não seguimento do mesmo, face à falta de pré-questionamento da matéria;

d) *"é apenas uma questão de tempo, até que este processo tenha seu deslinde favorável ao contribuinte, considerando a pacificidade da matéria tratada nos autos, bem como a ratificação em constante da Sumula 276 do STJ, a qual declara a isenção das sociedades civis em relação a COFINS";*

e) *"considerando que a ação proposta foi de 1999, remanesce para o Contribuinte o direito ao crédito fiscal relativo a todos os recolhimentos efetuados a título da COFINS, durante o decênio que antecedeu a impetração do mandado de segurança, razão*

pela qual é credor do FISCO e por possuírem créditos e débitos, a natureza jurídica idêntica, podem os mesmos ser compensados entre si";

f) através do Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia — SINDHOSBA, pleiteou o reconhecimento do seu direito relativamente ao aproveitamento de créditos de PIS, decorrentes de pagamento indevido sob a égide dos Decretos n's. 2.445 e 2.449, ambos de 1988;

g) esta ação, que teve o rito do mandado de segurança foi tombada sob o nº 99.114482-8 e transitou em julgado em 16/06/2004, *"conforme se pode constatar através da documentação anexada à defesa do processo administrativo 10580.006641/2006-14, consistente em:*

petição inicial, sentença, acórdão do TRF, acórdão do STJ e certidão de trânsito em julgado"

h) já na sentença proferida em primeira instância, lhe foi reconhecido o direito em ver compensado seus créditos de PIS com parcelas vencidas ou vincendas da mesma contribuição, inclusive com a aplicação da Taxa SELIC, como critério de correção de seus créditos;

i) *"superada a Segunda Instancia com êxito, o processo chegou até o STJ, onde foi proferido acórdão no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Especial interposto pelo Sindicato representante do Contribuinte em tela, sendo negado seguimento ao recurso da Fazenda Nacional", que tendo transitado em julgado ;*

j) *"o processo transitou em julgado em junho de 2004, conforme já demonstrado, o que solidifica o direito do Contribuinte relativamente a insubsistência do presente auto de infração";*

k) o instituto da compensação de tributos está previsto em nossa legislação, mais especificamente nos artigos 170, do Código Tributário Nacional e no caput do artigo 66, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, os quais determina que *"expressamente se verifica que há de haver pagamento indevido ou a maior de tributos para que possa surgir o direito à compensação"*, observando-se que os créditos precisam ser líquidos e certos;

l) a Administração Pública pode reconhecer a efetiva existência de pagamento indevido e autorizar a compensação, procedendo a liquidação do crédito;

m) *"mesmo comprovando que é detentor de créditos perante o FISCO, mesmo informado que simplesmente compensou seus débitos vincendos com seus créditos, o Contribuinte sofreu em forma de retaliação, a lavratura do presente auto";*

n) *"a luz do que determinou a ordem judicial, os procedimentos administrativos eventualmente não atendidos, seriam meras formalidades, burocracia regular, que poderia a qualquer tempo ser saneada";*

o) *"ora a essencial, o DIREITO já estava preservado. A forma pela qual isto deveria ser formalizado é o que menos importa. No entanto, o FISCO resvala nestas minúcias na intenção de dificultar ainda mais o exercício do direito do contribuinte";*

P) *"ora, a compensação consiste no encontro simultâneo de créditos tributários do FISCO, com crédito líquidos e certos do sujeito passivo, nos termos previstos em lei, ou seja, para que se possa viabilizar a compensação tributária são necessários no*

mínimo dois créditos e dois débitos, recíprocos, sendo um crédito e um débito do FISCO para com o sujeito passivo e o outro crédito e outro débito do sujeito passivo para com o FISCO";

q) *"este instituto visa facilitar o pagamento de débitos recíprocos porque permite o encontro de contas, dispensando os credores e devedores de desembolsarem dinheiro novo para quitar os seus débitos, também recíprocos";*

r) tendo transitado em julgado a ação reconhecendo o seu direito de compensar seus créditos com seus débitos, cabe indagar o porque de a Fiscalização não ter verificado a existência de tais créditos e ter procedido com o respectivo encontro de contas, pois em assim agindo, teria evitado todo esse desgaste;

s) o presente Auto de Infração não pode prosperar, uma vez que se pretende cobrar débitos de mesma natureza dos créditos que ela possui perante ao Fisco;

t) não incorreu em qualquer irregularidade que pudesse atribuir um valor tão absurdo a título de multa, pois o procedimento de não recolher o tributo por motivo de existência de créditos, não caracterizam qualquer infração fiscal que autorizasse arbitrar multa neste valor desproporcional;

u) conforme pronunciamento do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, no seu livro Teoria e Prática das Multas Tributárias, *"as multas têm o limite quantitativo a ser alcançado. Este limite é o patrimônio particular do contribuinte, não se permitindo a dilapidação genérica e irrestrita que cause problemas na própria sobrevivência social da empresa ou de pessoa física"* (transcrição de fls. n's. 63 a 65);

v) *"estes mesmos fundamentos são encontrados no artigo As Multas Fiscais e o Poder Judiciário dos advogados Heron Arzua e Dirceu Galdino publicado na Revista dialética de direito Tributário n° 20 — maio de 1997:*

Num sistema em que há previsão de juros (para indenizar) e correção monetária (para manter o cunho liberatório da moeda), a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Foi por esse motivo que Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto execraram penas dessa natureza no RE 80.093-SP, cuja ementa salienta a inexigibilidade de multa diante do abuso do poder fiscal e da incidência da correção monetária."

w) jurisprudência judicial tem entendido que não pode ser aplicadas multas que exorbitassem a capacidade contributiva (fls. n° 66 e 67).

Observe-se que *"recentemente o Tribunal Regional Federal de Pernambuco ao julgar a AMS N° 79825-PE, entendeu que a multa no percentual de 75% aplicada pelo FISCO corriqueiramente não é cabível e determinou sua redução para 20%"* (transcrição de fls. n's. 67 a 70);

x) como visto, seu entendimento é de que *"a multa pode até ser aplicada, mas não no percentual previsto e pretendido pelo Fisco e por assim ser entende que a legislação utilizada pela Secretaria da Receita Federal para imposição das multas em questão, é inconstitucional."*

5. Finalizando, requer que a Administração Fazendária verifique a situação processual relativamente ao processo judicial transitado em julgado do PIS e ao do COFINS em vias de transitar em julgado, verificando a existência das decisões que determinam o reconhecimento de créditos em seu favor, conforme a documentação anexada aos processos administrativos n's. 10580.006631/2006-14 e 10580.006634/2006-40, de forma que estes sejam utilizados em verdadeiro encontro de contas, conforme determina o art. 170 e 170-A do CTN, sendo extinto o crédito tributário em comento, e, caso remanesçam valores a pagar, requer a redução do percentual de eventual multa que venha ali a incidir.

A autoridade julgadora de primeira instância decidiu a questão por meio do acórdão DRJ/SDR 15-20.242, de 06/08/2009, julgando procedente o lançamento, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

FALTA DE RECOLHIMENTO. RECEITA ESCRITURADA.

Configurada a infração à legislação tributária pela falta de recolhimento do tributo devido, apurada de ofício com base no lucro real oriundo de receita escriturada e não declarada, é cabível o lançamento para exigência do correspondente crédito tributário.

ARGÜIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. ESFERA ADMINISTRATIVA.

Incabível a argüição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar a aplicação de norma inserida regularmente no ordenamento jurídico, em face de tal prerrogativa ser exclusiva do poder judiciário.

ILÍCITO TRIBUTÁRIO. MULTA DE OFÍCIO.

Verificada a ocorrência de ilícito tributário em procedimento regular de fiscalização, é cabível a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento).

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITOS.

Sendo terceiro estranho à relação jurídica advinda de jurisprudência judicial apresentada em respaldo ao seu pleito, a Contribuinte não pode usufruir dos benefícios da sentença ali prolatada, uma vez que os efeitos são *inter partis* e não *erga omnes*”.

É o relatório.

Passo ao voto.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Assinado digitalmente em 25/12/2010 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS 1161/2010 e RICARDO DE ANDR ADE COUTO

Autenticado digitalmente em 25/12/2010 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS

Emitido em 17/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

As argumentações trazidas no recurso voluntário são as mesmas apresentadas anteriormente e finaliza com o seguinte pedido:

“Roga o Contribuinte ora Recorrente, pelo provimento do presente recurso voluntário, para que seja verificada pela Administração Fazendária a situação processual exposta, tanto no que se refere ao processo transitado em julgado do PIS, quanto ao processo da COFINS, em vias de transitar em julgado, verificando a existência das decisões que determinam o reconhecimento de créditos em seu favor, conforme vasta documentação anexada aos processos administrativos 10580006631/2006-14 e 10580006634/2006-40, de forma que estes sejam utilizados em verdadeiro encontro de contas, conforme determina o art. 170 e 170-A do CTN, sendo extinto o crédito tributário em comento, conforme preconiza o art. 156, II do CTN.

Uma vez celebrado o encontro de contas requerido, donde depreende-se o afastamento de qualquer fato punitivo a título de multas, caso eventualmente remanesçam valores a pagar, que estes não seja insuflados por vultosas multas, sendo reduzido o seu percentual face a ilegalidade e inconstitucionalidade dos critérios punitivos para sua fixação.”

Por todo o relatado verifica-se que o lançamento em questão decorreu da constatação pela autoridade fiscal (I) falta de confissão de dívida em DCTF, (II) falta de informação na DIPJ e (III) falta de recolhimento, todas relativas ao IRPJ no transcorrer do ano calendário de 2002.

Como já anotado pelo relator de primeira instância a recorrente não contesta em nenhum momento o montante do IRPJ lançado, alega, inicialmente, que tem direito ao crédito fiscal (indébitos tributários) oriundos de duas ações judiciais (Mandado de Segurança), e por esta razão a Administração Tributária deveria fazer a compensação com os valores levantados no Auto de Infração, e, caso houvesse alguma diferença de tributo a recolher poderia essa ser cobrada com a multa moratória de 20%, haja vista, no seu entender, ser confiscatória e inconstitucional a imposição com 75%. Cita vasta doutrina e jurisprudência em prol de sua argumentação.

Por pertinente, cabe aqui transcrever parte da defesa apresentada:

“alega: a) via o Mandado de Segurança nº 1999.33.00.015249-8, pleiteou o reconhecimento do seu direito relativamente à isenção da Cofins, com base no art. 6º, da Lei Complementar nº 70, de 1991, revogado de forma irregular pela Lei Ordinária nº 9.430, de 1996;

b) nos autos do referido mandado de segurança foi proferida sentença concessiva de segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida, no sentido de obstar qualquer cobrança da Cofins a ser perpetrada contra si;

c) após decisão do Superior Tribunal de Justiça — STJ, em fevereiro de 2003, atualmente o processo está aguardando julgamento de agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal — STF, para tentar dar seguimento ao Recurso Extraordinário interposto, no entanto o STJ já se posicionou pelo não seguimento do mesmo, face à falta de pré-questionamento da matéria;

d) *“é apenas uma questão de tempo, até que este processo tenha seu deslinde favorável ao contribuinte, considerando a pacificidade da matéria tratada nos*

autos, bem como a ratificação em constante da Sumula 276 do STJ, a qual declara a isenção das sociedades civis em relação a COFINS";

e) "considerando que a ação proposta foi de 1999, remanesce para o Contribuinte o direito ao crédito fiscal relativo a todos os recolhimentos efetuados a título da COFINS, durante o decêndio que antecedeu a impetração do mandado de segurança, razão pela qual é credor do FISCO e por possuírem créditos e débitos, a natureza jurídica idêntica, podem os mesmos ser compensados entre si";

Pois bem, a citada ação judicial transitou em julgado em 31/10/2008 (Agravado de Instrumento) com decisão favorável a Fazenda Pública, em decorrência, não há o pretendido crédito relativo a isenção da Cofins a ser compensado.

No presente caso, observa-se que a recorrente pretende seja reconhecido o direito à compensação do alegado indébito com o IRPJ não recolhido apurado pelo regime de lucro real trimestral, relativamente ao 2º e 4º trimestres do ano-calendário de 2002, com supostos valores recolhidos a maior oriundos de processos judiciais, que estariam demonstrados nos processos administrativos de n's. 10580.006631/2006-14 e 10580.006634/2006-40.

Tais processos cuidam dos lançamentos relativos à contribuição para o PIS e ao COFINS, períodos de apuração de 01/01/2000 a 31/12/2002, observando-se que a contestação aos lançamentos ali tratados traz a mesma linha de argumentação, ou seja, a alegada existência de indébitos do PIS e COFINS reconhecidos em sentença judiciais e a inconstitucionalidade do percentual da multa de ofício. Entretanto, tais argumentos não foram ali acatados, conforme se constata pelo exame dos acórdãos prolatados pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador, na sessão de 17/12/2008.

Dessa forma, com a devida vênia, faço meus os argumentos despendidos na r. decisão recorrida, pois constata-se que os dispositivos legais citados, além de terem assegurado o direito à compensação, criaram, também, regras próprias para que este direito fosse exercido sob pena de ineficácia, regras estas que não foram observadas pela recorrente, ou seja, não apresentou a "Declaração de Compensação" no órgão próprio, e só após a lavratura dos Autos de Infração, procurou justificar a falta de recolhimento do IRPJ nos referidos períodos com os supostos indébitos de PIS e de COFINS. Tanto é verdadeiro que, conforme consta na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" do Auto, a recorrente, repita-se, não informou o IRPJ devido em DCTF, a correspondente DIPJ foi entregue em 30/06/2003 com valores zerados, e, posteriormente, em 07/04/2006, no decorrer do procedimento de fiscalização, retifica a referida DIPJ informando os valores devidos em consonância com sua contabilidade e com os valores levantados pela Fiscalização, quais sejam, os mesmo valores utilizados no presente lançamento, e, mais uma vez registre-se, tais fatos sequer foram contestados na defesa.

Relativamente à cobrança da Multa de Ofício inserida no Auto de Infração, constatada a falta de recolhimento do IRPJ, não poderia a Autoridade Administrativa, no caso a Fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se do dever de realizar o lançamento com os devidos consectários legais, inclusive a referida Multa de Ofício de 75%, eis que a atividade de lançamento é vinculada (artigo 142, parágrafo único, do CTN), observando-se que tal multa está prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação pelo artigo 18 da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

1- de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de tributo, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Por fim, com relação a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa imposta cumpre ressaltar que a matéria encontra-se sumulada no âmbito deste Conselho, vejamos a Súmula CARF 02:

“Súmula CARF n.º 2:

Inconstitucionalidade – Incompetência.

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

Portanto, é de se manter a Multa de Ofício de 75% (setenta e cinco por cento), conforme consta no Auto de Infração.

Pelo exposto, voto por NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator