



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 10640.004362/2007-72
Recurso nº 164.376 Voluntário
Matéria IRPJ e OUTROS - EXS.: 2004, 2005
Acórdão nº 105-17.201
Sessão de 17 de setembro de 2008
Recorrente BEBIDA GOSTOSA MG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-JUIZ DE FORA/MG

Assunto: PAF.

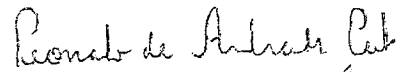
Ementa: PRECLUSÃO. As alegações e provas documentais devem ser apresentadas juntamente com a impugnação, salvo nos casos expressamente admitidos em lei. Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento das provas e argumentos apresentados somente na fase recursal.

Assunto: IRPJ e Outros

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - MERA OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos. Nos termos do enunciado nº 14 da Súmula deste Primeiro Conselho, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos, sem a devida comprovação do evidente intuito de fraude.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Jacinto do Nascimento (Relator), Leonardo Henrique M. de Oliveira e José Carlos Passuello que negavam provimento ao recurso para reduzir a multa para 75%. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Benedicto Celso Benicio Júnior. Ausente, justificadamente o Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira.



LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO – Relator


BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR - Redator Designado

EDITADO EM: 28 MAI 2010

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jacinto do Nascimento, Leonardo Henrique M. de Oliveira, José Carlos Passuello, Marcos Rodrigues de Mello, Waldir Veiga Rocha e José Clóvis Alves (Presidente da Câmara na data do julgamento).

Relatório

Contra a contribuinte acima nomeada, em decorrência da omissão de receitas caracterizada pela existência de depósitos bancários de origem não comprovada, foram lavrados autos de infração de IRPJ, PIS, CSLL e COFINS, relativos aos anos-calendário de 2003 e 2004, nos quais o lucro foi arbitrado em razão da não apresentação dos livros e documentos de sua escrituração, tendo sido aplicada a multa qualificada pela caracterização de sonegação.

Na impugnação, oferecida em 29/11/2007 a autuada se limitou a argüir o caráter confiscatório da multa aplicada, requerendo a redução do seu valor, o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do movimento financeiro de 2003 e 2004 e do balanço parcial do ano de 2007, a suspensão da cobrança até decisão final administrativa e a sua não positivação no CADIN e no SERASA.

Na mesma data, 29/11/2007, a empresa aditou a impugnação, para informar que o movimento financeiro está sendo elaborado com as informações remanescentes, uma vez que não pôde apresentar os documentos contábeis pertinentes por motivo de roubo do automóvel do seu procurador e para pedir a redução da multa para 112%.

Aos 17/12/2007, a empresa apresenta o requerimento de fls. 527/531, dizendo que com ele vem EMENDAR o recurso administrativo, juntando algumas notas fiscais de aquisição de mercadorias, em reforço a sua boa-fé.

A decisão da autoridade julgadora de primeiro grau que deu pela procedência do lançamento está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2003, 2004

LUCRO ARBITRADO. A não apresentação dos livros e documentos da escrita comercial e fiscal enseja a apuração da base de cálculo do IRPJ mediante as regras do lucro arbitrado. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A partir do ano-calendário de 1997, caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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. MULTA QUALIFICADA. Cabível a qualificação da MULTA, quando comprovado nos autos, que a ação ou omissão do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento da Administração Pública da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. COFINS. PIS. Em se tratando de exigências reflexas de tributos e contribuições que têm por base o

R

S

lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejudgado na decisão dos decorrentes.

Lançamento Procedente”.

Intimada dessa decisão no dia 03/01/2008, conforme Aviso de Recebimento de fls. 653, no dia 06/02/2008, a contribuinte protocolou o recurso voluntário de fls. 661 a 766, acompanhado dos documentos de fls. 767 a 1.108.

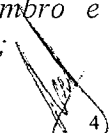
No recurso, após abordar, em tese, os mais diversos temas, tais como: incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade, nulidade do MPFs, impossibilidade de quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa, ilegitimidade do lançamento de imposto de renda com base exclusivamente em extratos bancários, inaplicabilidade da multa qualificada, ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, as diversas deduções do imposto devido permitidas à pessoa física e à pessoa jurídica, a recorrente conclui que:

1º) – Os respeitáveis julgadores do Acórdão 09-18.049 da 2ª Turma da DRF/JFA, não podiam deixar de julgar e decidir a favor da empresa, ora Recorrente, face ao fato de que os atos fiscais constantes dos autos do processo nº 10640.004362/2007-72, estavam contaminados de a) incompetência, b) vício de forma, c) ilegalidade do objeto, d) inexistência dos motivos, e) desvio de finalidade, tendo em vista que a determinação do Mandado de Procedimento Fiscal nº 06.1.04.00-2007-00003-2, referia-se única e exclusivamente ao Imposto de Renda e não ao Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI – objeto deste Recurso, como se COMPROVOU;

2º) – Não podiam mesmo, especialmente porque, após firmar o Mandado de Procedimento Fiscal nº 06.1.04.00-2007 -00003-2, a DRF/JFA, decidiu, introduzir modificações no mesmo, consoante aos Mandados de procedimentos Fiscais de números 06.1.04.00-2007-00003-2 – 2, e 06.1.04.00-2007-00003-2 – 3, esses fatos vem robustecer e confirmar que houve, sim, a) incompetência, b) vício de forma, c) ilegalidade do objeto, d) inexistência dos motivos, e) desvio de finalidade;

3º) – Comprovadamente, se a ausência de formalidade for intrínseca ou visceral – a definição do fato tributário, por hipótese, como é o caso da lide – ela determina a nulidade do ato administrativo de lançamento, fora do contexto do vício formal;

4º) – Em se tratando do Poder Público, o princípio da Legalidade, ganha maior relevância, pela ênfase com que é aplicado à Administração Pública e aos seus órgãos, aos quais NÃO É FACULTADO EXTRAPOLAR OS LIMITES, NEM TÃO POUCO OS CRITÉRIOS FIXADOS, MESMO QUE EM NOME DE INTERESSES OU VALORES MAIORES, quiçá 'in casu', mormente onde resulta no prejuízo da função social da empresa, no risco empresarial e nos atropelos sociais e redução na arrecadação de impostos aos entes dotados de competência tributária (União, estado-membro e município), pelo mau uso do poder de decisão conferido à autoridade;



5º) – O caso em foco justifica muito bem a prevalência de tal postulado, pois, a autoridade Recorrida, de forma exacerbada, usou distorcida e inadequadamente os poderes que lhe foram conferidos, e valeu-se do Mandado de Procedimento Fiscal nº 06.1.04.00-2007-00003-2, para quebrar o sigilo bancário e fiscal da Recorrente, APURAR IPI, lavrar Auto de Infração, aplicar multas, alterar o MPF nº 06.1.04.00-2007-00003-2, o qual se destinava exclusivamente a apuração de Imposto de Renda. Dessa forma, a recorrida não só feriu a Lei, como igualmente atravancou os interesses, a atividade e a operacionalização da Recorrente e, via de consequência os interesses comunitários tendo em vista a função social 'da empresa', agindo inclusive em oposição a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no art. 3º da Carta Maior, atuando contra os interesses nacionais, o desenvolvimento econômico e o progresso social;

6º) – A falta de razoabilidade que se observa na medida ora combatida vem somar-se outra falha no que tange à motivação, vício administrativo definido na Lei nº 4.717/65, cujo art. 2º, parágrafo único, alínea 'd' denomina de inexistência de motivo;

7º) – ASSIM DEFINIDA A EXTENSÃO DO QUE SEJAM AS VERIFICAÇÕES OBRIGATORIAS, PODE-SE DIZER QUE O PROCEDIMENTO FISCAL QUE AQUI SE TEM EM MIRA, NÃO SE CONFORMAM COMO TAL!!! É que como já se viu, o lançamento se deu em face da constatação da ocorrência de infrações que restaram caracterizadas por elementos externos à escrituração e às declarações da contribuinte;

8º) – COMO SE VÊ, NÃO HOUVE UM MERO COTEJAMENTO ENTRE REGISTROS PRODUZIDOS PELA RECORRENTE, MAS VERDADEIRA RECOMPOSIÇÃO DE BASES DE CÁLCULO (PELA MOVIMENTAÇÃO DE CONTAS BANCÁRIAS, APLICAÇÕES FINANCEIRAS E SUPOSTO GANHOS DE CAPITAL);

9º) – Registre-se que se alguma parcela do crédito tributário foi lançada em face apenas das verificações obrigatórias, tal não restou, entretanto, devidamente ressalvado e individualizado pela autoridade lançadora;

10º) – Ao fundamentar expressamente na Respeitável Decisão, que 'NO MÉRITO, A RECORRENTE ARGUIU APENAS SOBRE AS MULTAS', A DECISÃO DA ZELOSA 2ª FOI DE ENCONTRO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, 'evidenciado diante da matéria prejudicial à validade do ato administrativo, plenamente verificável de ofício, o qual não podia deixar de ser apreciada por conta da alegação de que o contribuinte contra ela não se manifestou. Uma coisa são as constatações de fato efetuadas durante o procedimento fiscal e relativas ao mérito da autuação que, se não contraditadas pelo contribuinte, presumem-se verdadeiras;' – 'OUTRA COISA, BASTANTE DISTINTA, SÃO AS MATÉRIAS DE DIREITO, VERIFICÁVEIS DE PLANO, INDEPENDENTEMENTE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, QUE DEVEM OBRIGATORIAMENTE SER CONHECIDAS PELO JULGADOR ADMINISTRATIVO MESMO SEM MANIFESTAÇÃO

DA RECORRENTE, EM SUBORDINAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE’;

11º) – Ao utilizar as informações da CPMF para lavrar os autos de Infrações do Imposto de Renda e do IPI, com aplicações de multa, a DRF/JFA agiu ao arrepio da lei, que determina cristalinamente que a SRF resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos’. In verbis: lei nº 9.311/96-art. 11 § 3º a Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada a sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos’;

12º) – Como ensina o mestre José Eduardo Soares de Mello: ‘Os depósitos bancários, por si só, não representam valores que necessariamente signifiquem tributos, nem mesmo sinais exteriores de riqueza, nem sequer presunção de negócios e operações tributadas, mas meros indícios que obrigam à efetiva comprovação documental, notadamente quando não fica comprovado o nexos causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos. Tais depósitos – ainda que em valores desproporcionais à renda – não justificam a incidência tributária porque podem decorrer dos mais variados motivos (estranhos ao imposto) a saber:

a) os depósitos representam bens de terceiros que não teriam ingressado no patrimônio do contribuinte, como é o caso do advogado que recebe numerário de cliente para fazer frente a custas, despesas etc., ou correspondem a levantamentos judiciais que ainda não foram objeto de repasse aos mesmos;

b) os depósitos corresponderiam a ingressos patrimoniais não tributáveis;

c) os depósitos decorreriam de atividades sujeitas à incidência tributária, mas já teriam sido oferecidos à tributação. Considerando que pode ser bem variada a gama de situações estranhas à tributação, e que a simples existência dos depósitos não conduziria à apontada presunção, o judiciário firmou a diretriz de que ‘é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários’ (Súmula 182 do TFR)’;

13º) – A justificativa da multa prevista nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, vai de encontro ao Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, onde o Princípio da Razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio da Administração, ao atuar no exercício da discricção, ,terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso

normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida;

14º) – Assim, o Princípio da Capacidade Contributiva tem o objetivo de orientar a instituição de tributos impondo a observância da capacidade do contribuinte de recolher aos cofres públicos. No caso de aplicação de multa, o fisco deverá apurar de forma que a empresa não seja obrigada a encerrar suas atividades. Portanto, Princípio da Capacidade Contributiva, tem finalidade social, pois ao preservar a saúde financeira das empresas, estará cuidando também de todos aqueles que compõem a empresa, não só os empregados, como fornecedores, consumidores, entre outros;

15º) – Os zelosos Auditores Fiscais da DRF/JFA, nos autos do Processo em epígrafe, assim como a Respeitável Decisão da 2ª Turma, inobservaram que no caso vertente, as questões técnicas que envolvem o Fato Gerador, as normas inerentes a não-cumulatividade do imposto e dos créditos a que a Recorrente fazia e faz jus;

16º) – A ordem constitucional brasileira não tolera qualquer decisão, tal como a exarada pela 2ª Turma da DRF/JFA, que envolve a liberdade e a propriedade da Recorrente e que não provem de um processo regido por regras claras e permissivas do exercício do direito à defesa, tal como o de Juntar Laudos dos Peritos;

17º) – Salta aos olhos que ninguém pode ser punido sem, pelo menos, saber do que está sendo acusado;

18º) – Sem a menor sombra de dúvida, a Decisão proferida pela 2ª Turma da DRF/JFA, sem oferecer a Recorrente a oportunidade de defesa e juntada do Parecer dos Peritos, afronta claramente a Constituição, que, obviamente, se aplica a todas as instituições públicas, pois nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão;

19º) – A Lei do processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa;

20º) – Na Lei brasileira o processo administrativo é um conjunto de trâmites exigidos em certas situações especiais, especialmente no lançamento ou autuação tributária, bem como em sua defesa;

21º) – É cediço também que a Constituição Federal estabeleceu, de forma expressa, princípios fundamentais destinados a reger o processo administrativo. Nesse passo, em consonância com o texto constitucional, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, editada para minudenciar exatamente as regras do processo administrativo, deixou consignado expressamente no

ru

[Assinatura]

art. 2º, a saber: 'A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;

22º) – Não é demais lembrar que o devido processo legal enquadra o princípio de maior importância no direito brasileiro, isto é, 'dele decorrem os demais princípios constitucionais. Devido processo legal significa, na verdade, devida adequação ao direito'.

Ao final, formula os seguintes pedidos:

- a reforma da decisão recorrida;
- a anulação dos efeitos dos MPFs e das RMFs;
- a anulação do auto de infração;
- a anulação das multas;
- a anulação do processo;
- a autorização para que a recorrente apresente e junte aos autos Perícia, Parecer e Laudo Técnico.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator

Como relatado, a única matéria impugnada foi a aplicação da multa de lançamento de ofício no percentual de 150%, pelo que, somente dela conheço, dado que, em sede de recurso, não podem ser suscitadas matérias não questionadas na fase impugnatória, atingidas pela preclusão que se acham.

Na impugnação, a recorrente se insurgiu contra a multa de ofício pelo seu caráter confiscatório. Agora, no recurso, a acima de ir de encontro aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva.

A meu sentir, os princípios invocados não invalidam a multa imposta à recorrente, uma vez que esses princípios regem a tributação e não as infrações, algumas ontologicamente diferenciadas.

Com efeito, no plano lógico-sistêmico, a multa difere do tributo porque na sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito. A multa é, necessariamente, mera sanção de ato ilícito e o tributo, pelo contrário, não pode constituir sanção de ato ilícito.

No plano teleológico ou finalístico, a distinção é ainda mais evidente. A finalidade do tributo é suprir o Estado dos recursos financeiros de que necessita, constituindo uma receita ordinária. A finalidade da multa é desestimular uma conduta, constituindo uma receita eventual ou extraordinária, e não uma receita pública ordinária.

Por constituir receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, do qual o contribuinte possa se desincumbir sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que as regras de tributação devem ser informadas pelos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, dentre outros.

A multa, diversamente, para alcançar a sua finalidade, há de ser um ônus significativamente pesado, capaz de desestimular a conduta ensejadora da sua cobrança. Por isto mesmo a ela não se aplicam os princípios vetores das regras de tributação.

Por assim pensar, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de setembro de 2008.


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

Voto Vencedor

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR, Relator

Entendo, que a única matéria impugnada foi a aplicação da multa de lançamento de ofício no percentual de 150%, pelo que, somente dela conheço, dado que, em sede de recurso, não podem ser suscitadas matérias não questionadas na fase impugnatória, atingidas pela preclusão que se acham.

Isto posto, passo a análise do mérito.

Não obstante as considerações pontuadas pelo Relator originalmente designado para relatar e julgar o presente recurso (Conselheiro Paulo Jacinto), ao votar pela manutenção da multa qualificada de 150%, entendendo que a omissão de receitas configurada no presente caso pela existência de depósitos bancários de origem não comprovada enseja sua aplicação, ousou delas divergir, pelo que passo a expor.

Dos elementos que constam dos autos não restou comprovado o evidente intuito de fraude, logo, a multa qualificada deve ser afastada e reduzida ao percentual de 75%. A mera constatação da omissão de receitas, mormente se por presunção legal, é insuficiente para afirmar o intuito doloso do contribuinte de ocultar o fato gerador tributário da autoridade fiscal.

Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos. Nos termos do enunciado nº 14 da Súmula deste Primeiro Conselho, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos, sem a devida comprovação do evidente intuito de fraude.

Por assim pensar, DOU provimento parcial ao recurso.


BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR