



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10680.013663/2006-30
Recurso nº 157.659 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS
Acórdão nº 101-96.770
Sessão de 30 de maio de 2008
Recorrente BM COMERCIAL LTDA.
Recorrida 2ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ EM BELO HORIZONTE - MG

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO. É de ser indeferido o pedido de perícia contábil quando a prova que se pretende formular com a perícia era de exclusiva responsabilidade do sujeito passivo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSO VOLUNTÁRIO - RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO - COMPETÊNCIA DA PFN. Por ser matéria de execução, falece aos Conselhos de Contribuinte competência para se manifestar acerca da responsabilização solidária de terceiros, competência esta da Procuradoria da Fazenda Nacional.

OMISSÃO DE RECEITA - SALDO CREDOR DE CAIXA. Não restado provados os valores supostamente lançados à débito da conta caixa, prevalece a presunção de omissão de receitas com base no saldo credor de caixa registrado no Livro Razão do sujeito passivo.

MULTA DE OFÍCIO - AGRAVAMENTO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS. Deve prevalecer o agravamento da multa de ofício ao percentual de 112,5% pela ausência de apresentação dos arquivos magnéticos exigidos pelo artigo 11 da Lei nº 8.218/1991, na forma do inciso II do parágrafo 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - APLICAÇÃO DA SÚMULA 1CC Nº 02. Matéria sumulada de aplicação obrigatória pelo Conselho.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - TAXA SELIC -
JUROS DE MORA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 1CC Nº 04.

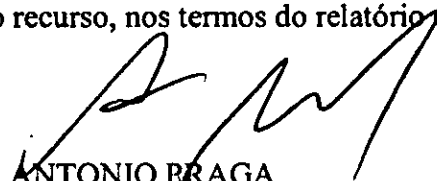
Matéria sumulada de aplicação obrigatória pelo Conselho.

Preliminares Rejeitadas.

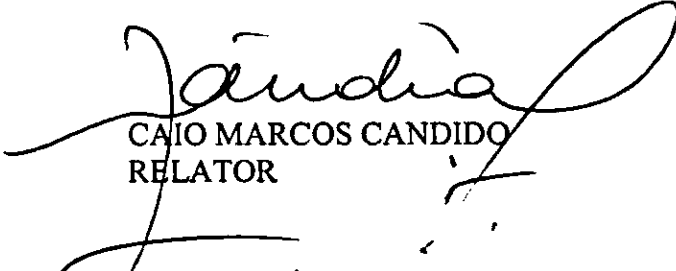
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



ANTONIO PRAGA
PRESIDENTE



CAIO MARCOS CANDIDO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 04 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, ALOYSIO JOSÉ PERCINIO DA SILVA, SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Relatório

BM COMERCIAL LTDA., pessoa jurídica já qualificada nos autos, recorre a este Conselho em razão do acórdão de lavra da DRJ em Belo Horizonte - MG nº 13.354, de 22 de fevereiro de 2007, que julgou procedentes os lançamentos consubstanciados nos autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 07/12), da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 13/17), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – CONFINS (fls. 18/22) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 23/28), relativos ao ano-calendário de 2002. Às fls. 31/40 encontra-se o Termo de Verificação Fiscal, parte integrante dos citados autos de infração.

A autuação dá conta do cometimento de infração à legislação tributária consistente na omissão de receitas apurada com base na manutenção de saldo credor de caixa no mês de janeiro de 2002, conforme planilhas às fls. 41/51.

A multa de ofício aplicada foi agravada para o percentual de 112,5% em face da não apresentação dos arquivos magnéticos do Plano de Contas, Lançamentos contábeis, Saldos Mensais, Mestre e Itens de Mercadorias, na forma do inciso II do parágrafo 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com alteração dada pela Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007.

No Termo de Verificação Fiscal estão detalhados os eventos ocorridos durante o procedimento de auditoria fiscal e a responsabilização pessoal e/ou solidária pelo crédito tributário lançado, na forma do inciso I do artigo 124 e incisos II e III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, das pessoas física e jurídica: Márcio Vilefort Martins, Márcia Vilefort Martins, Antônio Vilefort Martins, Marília Vilefort Martins e MVM Empreendimentos e Participações Ltda.

Tendo tomado ciência dos lançamentos em 15 de dezembro de 2006, a autuada e as pessoas a quem foi imputada a condição de responsáveis solidários pelo crédito tributário insurgiram-se contra tais exigências, tendo apresentado impugnação (fls. 350/376) em 15 de janeiro de 2007, em que apresentou as seguintes razões de defesa, em síntese preparada pela autoridade julgadora *a quo*:

1. Da ilegitimidade passiva dos coobrigados.

- a. Márcio Vilefort Martins, Márcia Vilefort Martins e MVM Empreendimentos e Participações.

Assevera que, segundo consta do TVF, os referidos Impugnantes foram trazidos à relação processual na qualidade de sócios da autuada, por terem interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores, nos termos do art. 124, I, do CTN.

No entanto, no caso em tela, é evidente a inaplicabilidade do aludido artigo, pois, ao contrário do que pretende o Fisco Federal, tal dispositivo legal não visa instituir uma nova espécie de responsabilidade indireta, ou seja, não pretende determinar que toda e qualquer pessoa que tenha interesse na

situação que constitua o fato gerador seja responsável solidária pelo crédito tributário, nem mesmo a lei poderia, aleatoriamente, atribuir a responsabilidade solidária a qualquer indivíduo.

A defesa cita entendimentos doutrinários acerca dessa questão.

Argumenta, mesmo que não se entenda o art. 124, I, do CTN, como sendo mecanismo de graduar a responsabilidade daqueles que já estavam inclusos no pólo passivo da obrigação tributária em caso de pluralidade de obrigados, ainda assim tal dispositivo não pode ser aplicado à hipótese dos autos porque a expressão “interesse comum” somente pode ser entendida como sendo aqueles que praticaram em conjunto os negócios jurídicos ensejadores do fato gerador.

Assim, no caso em questão, somente poderiam ser considerados com “interesse comum”, portanto como responsáveis solidários, aqueles que contribuíram diretamente para a formação do suposto saldo credor de caixa da BM, não bastando simplesmente a qualidade de sócio.

Nesse sentido, foi citado pela defesa Ementa de Acórdão prolatado pelo TRF da Quarta Região.

Ademais, a Fiscalização atribuiu aos Impugnantes a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN. Contudo, se eximiu de comprovar suas alegações. Ocorre que a legislação vigente permite o direcionamento de atuação fiscal contra diretores, gerentes ou representantes legais da pessoa jurídica, desde que comprovada a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos. É preciso estar presente a culpa subjetiva.

A seguir, discorreu-se, com citação de doutrina e jurisprudência, acerca do que seria infração à lei. A conclusão foi a de que o mero não pagamento de tributos não acarreta infração à lei para os fins colimados no art. 135, do CTN.

Eventualmente, caso prevaleça a responsabilidade solidária que se pretende atribuir aos Impugnantes, a defesa alega que a responsabilidade atribuída a terceiros é abordada pelo art. 134, do CTN. Nesse sentido, a cobrança de terceiros prevista no CTN somente terá lugar se for infrutífera a exigência primeira em relação ao devedor originário, estabelecendo verdadeira ordem de preferência entre o contribuinte e eventuais responsáveis, descaracterizando a solidariedade entre eles.

b. Antônio Vilefort Martins e Marília Vilefort Martins.

Os referidos Impugnantes, embora não tenham integrado o quadro societário da autuada, foram também incluídos no pólo passivo da autuação em razão de procurações que lhes foram outorgadas pela sociedade.

Diz, é necessário ter em mente que meros instrumentos de procuração não geram responsabilidade tributária.

Os Impugnantes jamais exerceram atos de gestão de cunho fiscal, o que lhes retira totalmente do campo de abrangência do auto de infração em tela.

A Fiscalização partiu de meras presunções, sabidamente equivocadas, e que não geram o direito alegado.

Assevera, cabia à Fiscalização provar que os Impugnantes realizaram operações associadas às razões que culminaram na exigência fiscal. Todavia, se eximiu de fazê-lo, restando evidenciada a subjetividade do lançamento, o que não se coaduna com as peculiaridades dessa atividade (art. 142, do CTN).

Esclarece, os Impugnantes, legitimados pelas procurações que lhes foram outorgadas, praticaram apenas atos de cunho comercial e de gestão empresarial.

Do Mérito.

2. Saldo Credor de Caixa.

A defesa contesta o saldo credor de caixa, alegando que esse inexistente. Aduz, os valores lançados foram apurados pelo Fisco em razão de simples divergências nas datas de lançamento dos débitos e créditos no caixa da autuada, o que está comprovado pela recomposição do Razão Auxiliar/Conta Caixa (cópia anexa), bem como pela perícia que será abordada em tópico próprio.

Alega que, como se pode comprovar através de simples leitura do “Demonstrativo de Apuração de Receitas Omitidas”, elaborado pelo Fisco (que é cópia fiel do Livro Caixa da empresa), a autuada, em momento algum, deixou de realizar o lançamento das receitas que entraram em seu caixa, simplesmente reuniu tais lançamentos (por clientes) e registrou-os no dia 31 de janeiro de 2006. Tanto é verdade que ao final do mês o caixa registra um valor de débitos ligeiramente superior aos créditos.

Assevera, resta indubitável que se o Fisco tivesse efetivamente realizado o levantamento de Caixa da autuada (ao invés de somente transcrever seu Razão), as divergências seriam facilmente identificadas e esclarecidas, não sendo lavrado o Auto de Infração de forma como ocorreu “*in casu*”.

Ou seja, o trabalho baseou-se apenas no Livro Razão que seguiu a sistemática de lançar todas as entradas de receitas no caixa, no dia 31 de janeiro de 2002, ao invés de registrá-las na data de sua ocorrência.

Frisa que o lançamento de omissão de receitas, por saldo credor de caixa (art. 281, do RIR/1999), baseia-se numa presunção relativa (*juris tantum*), ou seja, admite prova em contrário. Assim, se o contribuinte comprova, como realizado na presente peça, que não há saldo credor de caixa, deve ser julgado improcedente o lançamento.

Nesse sentido, a Impugnante anexa à presente defesa a recomposição de seu caixa (Livro Razão Auxiliar/Conta Caixa), referente ao mês de janeiro de 2002, com o intuito de comprovar, vez por todas, a inexistência de saldo credor.

3. Do Agravamento da Multa – Inexistência dos Requisitos Legais.

Segundo a Fiscalização, a multa foi agravada por que a autuada deixou de apresentar arquivos magnéticos solicitados em Termos de Intimação.

Todavia, o agravamento da penalidade somente pode ser aplicado nos casos em que o contribuinte simplesmente ignora as intimações recebidas, dificultando os trabalhos dos Auditores Federais da Receita Federal, o que não foi o caso dos autos.

Diz, em primeiro lugar, as informações contidas nos arquivos magnéticos solicitados já eram de conhecimento do Fisco, eis que toda a escrita contábil-fiscal já havia sido disponibilizada através de meios “não-eletrônicos”.

Em segundo lugar, frisa que todas as intimações foram devidamente respondidas pela autuada. Em todos os casos foram prestados esclarecimentos sobre as solicitações do Fisco, de forma que se não foram cumpridas as intimações exatamente da forma como pretendia o Fisco, tal fato não ocorreu por culpa da autuada.

4. Da Impossibilidade de Aplicação da Taxa SELIC.

Nessa parte da defesa, a Impugnante sustenta a ilegalidade da cobrança de juros de mora, com base na Taxa SELIC.

5. Do Requerimento de Realização de Perícia.

Enumerando quesitos e indicando perito, a Impugnante solicita a realização de perícia contábil.

A autoridade julgadora de primeira instância decidiu a questão por meio do acórdão nº 13.354/2007 julgando procedentes os lançamentos, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2002

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO *As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.*

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

MULTA DE OFÍCIO *A multa de ofício será agravada, no percentual de 112,5%, sempre que o sujeito passivo, no prazo marcado, deixe de atender intimação fiscal para apresentar os arquivos magnéticos relativos à sua escrita contábil ou fiscal.*

JUROS DE MORA - TAXA SELIC *É legítima a exigência de juros de mora tendo por base percentual equivalente à taxa SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITAS. SALDO CREDOR DE CAIXA. *Verificada a manutenção na escrituração do sujeito passivo de saldo credor de caixa fica presumida a omissão de receitas, independentemente de qualquer ajuste nessa conta, sendo somente ilidida a tributação mediante produção de prova pelo contribuinte da improcedência da presunção.*

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Os lançamentos reflexos devem observar o mesmo procedimento adotado no principal, em virtude da relação de causa e efeito que os vincula.

Lançamentos Procedentes.

O referido acórdão concluiu por manter os lançamentos pelas seguintes razões de decidir:

1. que obedecendo ao princípio constitucional da ampla defesa foram recebidas as impugnações apresentadas em nome do sujeito passivo e das pessoas físicas e jurídicas às quais foi atribuída a responsabilidade solidária pelo crédito tributário.
2. Quanto à imputação de responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído, após a análise dos fatos e do direito aplicável ao caso concluiu:
 - a. Que “a situação que constituiu o fato gerador consubstanciou-se nos negócios realizados conjuntamente por um grupo de pessoas físicas e jurídicas, negócios esses que resultaram em disponibilidade de renda, a ser tributada (art. 43 do CTN). Todas essas pessoas tinham interesse comum nesses negócios, uma vez que, em maior ou menor grau, deles se beneficiaram”.
 - b. Que, “diante dos fatos narrados e das provas contidas nos autos, ficam com base no art. 124, I, do CTN, ou 135, II e III, do mesmo Código, solidariamente ou pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário lançado, os Senhores, Márcio, Márcia, Antônio, e Marília Vilefort Martins, bem como a pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações LTDA”.
3. Quanto à omissão de receita pela manutenção de saldo credor de caixa:
 - a. que o lançamento se deu por ter sido constatado saldo credor de caixa, mês de janeiro de 2002, conforme denunciam os registros contábeis existentes no Livro Razão da autuada (documentos de fls. 52/60).
 - b. afirma a impugnante que inexistiu de omissão de receitas, pois o saldo credor de caixa ocorreu em razão de divergências nas datas de lançamentos dos débitos e créditos na sua conta Caixa, que teriam sido registrados no final do mês, ou seja, na data de 31 de janeiro de 2002, e que a recomposição do livro caixa (documentos de fls. 416/427) juntado por ela demonstra que, ao longo do mês, não houve saldo credor de caixa.
 - c. Que a prova apresentada pela defesa não é suficiente para elidir a presente tributação. Isso porque a ocorrência de saldo credor de caixa faz prova por si só, de saídas de dinheiro da empresa não suportadas pelos recursos existentes na conta caixa. Eventualmente, essa anomalia contábil pode ser explicada pelo registro, em datas diferentes dos efetivos ingressos de recursos na empresa, mas isso depende de prova específica de que tais recursos, escriturados posteriormente, estavam verdadeiramente em poder da empresa no período em que ocorreram os saldos negativos de caixa.

- d. Que os lançamentos deveriam ser efetuados no livro Diário, dia a dia, e que tais lançamentos no Diário deveriam estar lastreado em documentação hábil e idônea.
 - e. Que a pessoa jurídica tributada com base no Lucro Real deve manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizadas para resumir e totalizar, por conta ou sub-conta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação.
 - f. Que qualquer recomposição de qualquer conta que implique em mudança nas datas dos registros contábeis, só pode ser realizada, em primeiro lugar, através da alteração dos correspondentes lançamentos efetuados no Diário, por meio de um lançamento de estorno, que, em última análise, deve estar lastreado em documentação hábil e idônea.
 - g. Desse modo, a simples recomposição da conta caixa efetuada pela defesa, que, fundamentalmente, alterando as datas dos ingressos dos recursos, apagou os saldos credores que constavam do caixa anterior, não faz prova, efetivamente, que os recursos escriturados todos no final do mês de janeiro de 2002 estavam em poder da Contribuinte nas datas, ao longo desse mês, em que ocorreram os saldos negativos de caixa (conforme precisamente indicado no demonstrativo fiscal de fls. 41/51, que é cópia fiel do Livro Caixa da autuada).
4. Quanto ao agravamento da multa de ofício no percentual de 112,5%, tendo em vista que a Contribuinte, após devidamente intimada, não apresentou os arquivos magnéticos não apresentou os arquivos magnéticos solicitados pela Fiscalização, relativos à sua escrita contábil ou fiscal.
- a. a defesa contestou tal agravamento, aduzindo que inexistem os requisitos legais, para tanto e que todas as intimações foram respondidas, todavia, se não foram cumpridas as intimações exatamente da forma como pretendia o Fisco, tal fato não ocorreu por culpa da autuada.
 - b. Que no caso vertente, a aplicação da penalidade agravada seguiu sua legislação de regência, pois a obrigatoriedade de manutenção e apresentação dos arquivos magnéticos está regulada pelo artigo 265 do RIR/1999, que tem por matriz legal o artigo 11, da Lei nº 8.218/1991.
5. Quanto à aplicação da taxa SELIC como base para a cobrança dos juros moratórios, afirma que é perfeitamente válida a exigência, uma vez que ela decorre da lei.
6. Quanto à solicitação de perícia: que não se cogita a realização de perícia quando presentes nos autos os elementos suficientes para a solução do litígio, não podendo a autoridade julgadora suprir eventual falta do contribuinte no que concerne à formação de provas de sua defesa.

Cientificado da decisão de primeira instância em 13 de março de 2007, irresignado pela manutenção do lançamento, o sujeito passivo apresentou em 12 de abril de

2007 o recurso voluntário de fls. 494/532, em que re-apresenta as seguintes razões de defesa, inovando no que se segue:

Preliminarmente:

1. que o indeferimento do pedido de perícia cerceia o seu amplo direito de defesa, violando também outro Princípio Constitucional: o da Verdade Material.
2. Apresentando razões individualizadas em relação aos sócios indicados como responsáveis solidários pelo crédito tributário, conclui que todos os recorrentes são partes ilegítimas para figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

No mérito:

1. Quanto à imputada omissão de receitas:
 - a. Que junta os documentos que comprovam a movimentação do caixa no mês de janeiro de 2002, individualizando todas as entradas no caixa, na data real do evento, bem como relacionando as notas fiscais emitidas com os lançamentos recompostos.
 - b. Que a DRJ não conseguiu afastar as alegações e provas trazidas aos autos na impugnação.
 - c. Que a fiscalização deveria ter buscado recompor o caixa da autuada, ao invés de apenas transcrever o Livro Razão, o que seria verdadeiramente sua obrigação.
2. Quanto à multa de ofício agravada:
 - a. Que a autoridade julgadora de primeira instância não considerou qualquer particularidade do caso em seu julgado.
 - b. Que não cumpriu a intimação “porque se viu impossibilitada de proceder dessa forma”. Que todas as informações contidas nos arquivos magnéticos já eram de conhecimento do Fisco, posto que constavam de sua escrita contábil-fiscal.
 - c. Afirmou que a multa de ofício aplicada tem efeito confiscatório e agride a capacidade contributiva dos recorrentes.
3. que não se pode aplicar a taxa SELIC como base para a cobrança dos juros moratórios.

É o relatório. Passo a seguir ao voto.



Voto

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Relator

O recurso voluntário é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

O Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 09, de 05 de junho de 2007, dispensou a exigência de arrolamento de bens e direitos como condição para o seguimento do recurso voluntário.

Cuidam os presentes autos de lançamentos tributários de IRPJ e respectivos reflexos: CSLL, PIS e COFINS. A tributação decorreu da imputação de omissão de receitas com base na apontada existência de saldo credor de caixa no mês de janeiro de 2002, conforme autoriza o artigo . 281, I, do RIR/1999.

As multas de ofício aplicadas foram agravadas, no percentual de 112,5%, com base no art. 959, II, c/c o art. 265 e 266, todos do RIR/1999, porque a Contribuinte, após devidamente intimada, não apresentou os arquivos magnéticos solicitados pela Fiscalização, relativos à sua escrita contábil ou fiscal, conforme noticia o Termo de Verificação Fiscal.

A fiscalização indicou como responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído as pessoas físicas sócias da autuada e outra pessoa jurídica, que apresentaram recurso voluntário contra a decisão de primeira instância.

Passemos à análise das preliminares.

Pugna a recorrente pela nulidade da decisão de primeira instância em face do indeferimento do pedido de perícia, o que teria lhe cerceado o direito de defesa. A firma ainda que tal pedido deveria ter sido deferido com vista no Princípio da Verdade Material que deve nortear o Processo Administrativo Fiscal.

Não resta dúvida quanto à necessidade da autoridade julgadora administrativa respeitar o direito constitucional do Amplo Direito de Defesa e que o Processo Administrativo Fiscal deve se nortear na busca da verdade material.

Também não resta dúvida de que a produção de provas visa a formação da convicção do julgador.

A perícia pretendida visa formular prova no sentido da inexistência do imputado saldo credor de caixa. Ocorre que os elementos necessários para a formação de tal prova são documentos de guarda obrigatória pela recorrente não sendo necessária a realização de perícia naquele sentido, bastando para tanto a juntada dos mesmos aos autos.

Neste sentido, ressaltando que retornarei ao tema na análise dos documentos juntados ao recurso voluntário, INDEFIRO O PEDIDO DE PERÍCIA formulado.

Quanto a segunda preliminar suscitada, questionamento acerca da responsabilidade fiscal das pessoas físicas de Márcio Vilefort Martins, Márcia Vilefort

Martins, Antônio Vilefort Martins, Marília Vilefort Martins e da pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações Ltda., a quem foi imputada a condição de responsáveis pessoais e/ou solidários pelo crédito tributário constituído, na forma do inciso I do artigo 124 e incisos II e III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, entendo que a identificação de responsáveis solidários pelo crédito tributário é de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão da administração pública encarregado da execução fiscal.

Neste sentido reproduzo o voto condutor de lavra da Conselheira Sandra Maria Faroni, nos autos do recurso voluntário nº 101 – 95.692, que não conheceu do recurso em que se discutia exclusivamente tal matéria.

O processo administrativo fiscal constitui uma fase de revisão interna, pela Administração, do ato do lançamento. Tem por objetivo analisar a legalidade do lançamento, que compreende a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e a penalidade aplicada. Assim, o autuado pode questionar sua condição de sujeito passivo. Mas os senhores (...) não figuram como sujeitos passivos da obrigação. O sujeito passivo é a pessoa jurídica (...), e as duas pessoas físicas referidas foram apenas indicadas como co-responsáveis pelo pagamento do crédito. Diferente seria, por exemplo, se aqueles senhores figurassem como sujeito passivo, na qualidade de interpostas pessoas.

(...)

Está correta a decisão recorrida. De fato, o auto de infração (lançamento) tem por objetivo formalizar um título representativo do crédito tributário e, com isso, instrumentalizar a execução da dívida tributária pela administração. O crédito tributário lançado (após esgotado o processo administrativo, caso se instaure) pode ser inscrito em dívida ativa, e a certidão correspondente constitui-se em título executivo extrajudicial.

Segundo dispõe o § 5º do art. 2º da Lei 6.830, o Termo de Inscrição na Dívida Ativa deve conter, entre outras indicações, o nome do devedor e dos co-responsáveis.

Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional, como órgão incumbido da inscrição do crédito na dívida ativa, indicar, na inscrição, os co-responsáveis. E para tanto ela prescinde de qualquer termo formal praticado pela fiscalização, como aqueles constantes deste processo ("Termo de Declaração de Sujeição Passiva Solidária"), bastando que conclua pela co-responsabilidade a partir dos elementos constantes dos autos.

Note-se que, mesmo que não conste do Termo de Inscrição o nome dos co-responsáveis, a Procuradoria, no curso do processo, pode pedir o redirecionamento da execução.

Veja-se, a respeito, o que noticia o Informativo STJ nº 219,-23 a 27/08/2004:

Execução fiscal. Redirecionamento. Sócio-gerente. Co-responsável. Na espécie, o nome do co-devedor (sócio-gerente) já estava indicado no

título executivo (Certidão de Dívida Ativa - CDA) como co-responsável, o que autoriza desde logo, contra ele, o pedido de redirecionamento da execução fiscal. Caso não constasse o nome na CDA, teria a Fazenda exequente ao promover a ação ou pedir seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que terá de ser de acordo com as situações previstas no direito material para configuração da responsabilidade subsidiária. Explicou ainda o Min. Relator que a indicação na CDA do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I, e CTN, art. 202, I) confere-lhe a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma a existência da responsabilidade tributária, só há a presunção relativa (CTN, art. 204). A existência da responsabilidade tributária, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. Precedentes citados do STF: RE 97.612-RJ, DJ 8/10/1982; do STJ: REsp 272.236-SC, DJ 25/6/2001, e REsp 278.741-SC, DJ 16/9/2002. REsp 545.080-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 24/8/2004.

Assim, a apreciação de impugnações e recursos aos "Termos de Declaração de Sujeição Passiva Solidária" é inócua, pois qualquer que seja a decisão a respeito, compete exclusivamente à PFN ajuizar quanto à indicação dos co-responsáveis, ao promover a inscrição do crédito na dívida ativa.

Releva afirmar que, a despeito da Conselheira Sandra ter alterado fundamentadamente seu entendimento, os argumentos esposados por ela no excerto supra reproduzido, continuam balizando meu pensamento acerca do tema.

Levando em conta que os Conselhos de Contribuintes não têm competência para decidir se cabe ou não a responsabilização dos indicados pela fiscalização, porque esse juízo cabe à PFN, a matéria não faria coisa julgada perante a Fazenda Nacional, sendo a apreciação pela Câmara meramente opinativa, pelo quê deixo de conhecer desta matéria.

Pelo exposto, REJEITO as preliminares suscitadas.

No mérito, a acusação é de omissão de receitas apuradas com base na existência de saldo credor de caixa no mês de janeiro de 2002, apurado com base nos registros contábeis constantes do Livro Razão de fls. 52/60.

Para desconstituir a autuação a recorrente fez juntar, ainda na fase de impugnação cópia do Livro Razão Auxiliar da Conta Caixa (fls. 414/428), com os lançamentos recompostos em relação àqueles constantes do Livro Razão utilizado como supedâneo no lançamento fiscal.

Tendo em vista a decisão de primeira instância que julgou insuficiente tal documento para a prova da inexistência do saldo credor de caixa, em sede recursal o sujeito passivo fez juntar os documentos de fls. 536/830 com vista à comprovação dos movimentos diários relativos ao mês de janeiro de 2002.

A recorrente fez juntar ainda "Laudo de Certificação do Saldo da Conta Caixa" firmado por três contabilistas, que conclui pela correção do saldo final da conta caixa no valor

de R\$ 453,41 (DEVEDOR) no dia 31 de janeiro de 2002, divergente portanto daquele apurado pela fiscalização.

A divergência segundo a recorrente, corroborado pelo laudo citado, se deu em face de ser “prática corriqueira se considerar os créditos à referia conta (pagamentos efetuados) em sua data efetiva, enquanto todos os débitos a mesma conta (recebidos ocorridos) são feitos em um único lançamento, consolidado no último dia de cada mês”.

No entanto, dos documentos juntados às fls. 536/830 não há um sequer que comprove a argumentação trazida. Todos fazem prova dos lançamentos credores naquela conta, isto é das saídas de recursos daquela conta.

Se a divergência se encontra no registro das entradas de recursos na conta caixa, estes são os documentos a serem apresentados. A alegação da recorrente é de que o registro das entradas foi efetuado no último dia do mês, mas não há documento fiscal que comprove tal alegação. A simples apresentação de Livro Razão Auxiliar recomposto, sem a apresentação dos documentos fiscais que embasaram os lançamentos a débito da conta não prova o fato alegado.

Para a desconstituição da presunção de omissão de receita deveria a recorrente apresentar os documentos fiscais correspondentes aos lançamentos efetuados na coluna débito do citado livro Razão Auxiliar, e a tributação de tais valores, o que comprovaria a inexistência do saldo credor de caixa, e por conseqüente da omissão de receitas.

Voltando ao pedido de perícia, conforme consignado tais documentos são de guarda obrigatória pelo sujeito passivo. Em pelo menos três oportunidades poderia tê-los apresentado e não o fez. Não caberia neste momento processual a determinação de perícia para que o fizesse.

A busca da verdade material não pode ser motivo para subverter a ordem processual, mormente quando quem deu causa à mesma pretende dela se beneficiar.

No tocante ao agravamento da multa de ofício ao percentual de 112,5% pela não apresentação dos arquivos magnéticos a que o sujeito passivo estava obrigado (artigo 11 da Lei nº 8.218/1991), na forma do inciso II do parágrafo 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 alterado pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007, *verbis*:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

(...)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

Alegou a recorrente que a multa só poderia ter sido agravado nos caso em que a intimada ignore as intimações a ela dirigidas, dificultando os trabalhos da fiscalização, o que, segundo ela não teria ocorrido no caso presente.

Que não efetuou a entrega por que se viu impossibilitada de fazê-lo, não tendo agido por omissão, negligência ou má-fé e que a SRF já conhecia o conteúdo das informações contidas nos arquivos magnéticos que deixou de entregar, posto que constavam de sua escrita contábil-fiscal.

O Código Tributário Nacional estabelece em seu artigo 97, V, que a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações e omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

O inciso II do parágrafo 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com a nova redação do artigo 14 da Lei nº 11488/2007, estabeleceu que no caso de nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para a apresentação dos arquivos ou sistemas de que trata o artigo 11 da Lei nº 8.218/1991 o percentual da multa de ofício aplicada deverá ser aumentado da metade.

O caso dos autos se subsumem à hipótese formulada, sendo procedente o agravamento da multa ao percentual de 112,5%. A argumentação formulada pela recorrente não exclui tal hipótese.

Quanto à argumentação acerca do caráter confiscatório da multa aplicada e da falta de respeito à capacidade contributiva do sujeito passivo, devo consignar que o Conselho de Contribuintes, órgão administrativo de julgamento do Ministério da Fazenda, não detém competência para o afastamento de dispositivo legal, regularmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, sob a alegação de inconstitucionalidade ou de afrontamento a Princípio Constitucional. Tal competência é privativa do Poder Judiciário, conforme determina a Constituição da República em seu artigo 102, I, "a".

Tal matéria encontra-se sumulada pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio da Súmula nº 02:

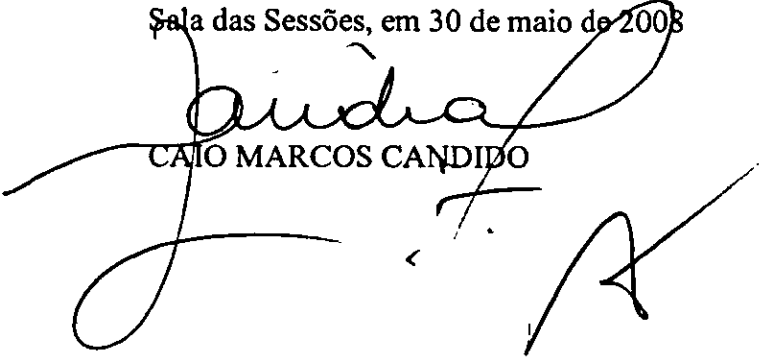
Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em relação à utilização da taxa SELIC como base para a aplicação dos juros de mora, tal matéria encontra-se sumulada no âmbito do primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por meio da Súmula 1CC nº 04:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Pelo exposto, voto por REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 30 de maio de 2008


CAIO MARCOS CANDIDO