



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

Processo nº 10680.720602/2011-90
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-001.173 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria Auto de Infração e Imposição de Multa - AIIM
Recorrente ATACADÃO DO QUEIJO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

VÍCIO FORMAL, INEXISTÊNCIA. Não há que se falar em nulidade por vício formal quando inexiste as irregularidades previstas nos incisos I e II do artigo 59, do Decreto nº 70.234/72.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FISCAL - NULIDADE. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula n.º 02)

DEDUÇÃO DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS. LUCRO ARBITRADO. Deve a autoridade fiscal, ao arbitrar os valores tributários, abater eventuais pagamentos de tributos realizados em outros regimes tributários.

FRAUDE - CARACTERIZAÇÃO - MULTA QUALIFICADA E AGRAVADA - Comprovado o intuito fraudulento e protelatório por parte do contribuinte a fim de diminuir o valor tributável da pessoa jurídica, configurada está a fraude, devendo a multa ser agravada.

SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIO - NÃO IMPUGNAÇÃO

Não impugnadas as acusações de responsabilidade solidária tributária, seja em primeira instância, seja em segunda, considera-se definitiva a matéria, do-se tal sujeição passiva solidária das pessoas físicas envolvidas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, considerar definitivamente julgadas as matérias não expressamente contestadas, manter a responsabilidade tributária das pessoas físicas arroladas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado pela autuada. Declarou-se impedido o Conselheiro Marcos Antonio Pires.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Plínio Rodrigues Lima, Nereida de Miranda Finamore Horta, Marcelo Baeta Ippolito e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata-se de autos de infração que objetivam a cobrança de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuições reflexas (fls. 03 a 40) dos anos-calendários de 2006 e 2007, decorrentes de suposta omissão de rendimentos que gerou crédito tributário no valor de R\$ 2.279.112, 15 (dois milhões, duzentos e setenta e nove mil, cento e doze reais e quinze centavos), correspondente a crédito tributário corrigido com juros de mora e multa qualificada e agravada, equivalente a 225% do valor autuado.

Conforme se verifica no termo de verificação fiscal de fls. 244 e seguintes, o procedimento fiscal teve início com a intimação da recorrente em 07/05/2007 para apresentar os documentos fiscais e contábeis dos anos-calendários de 2006 e 2007.

Não obstante ter sido intimada na data supra referida e reintimada em 07/05/2007 a recorrente não apresentou qualquer resposta. Diante das tentativas infrutíferas, a fiscalização requisitou Informações sobre Movimentação Financeira- RMF, na qual constatou valores vultosos movimentados no período fiscalizado.

Com o intuito de confirmar o endereço da recorrente e de seus sócios (José Márcio Fernandes Silveira e Marsony Fernandes Silveira dos Santos), a fiscalização realizou diligências nos endereços formais da empresa e constatou que esta havia deixado de funcionar e que os endereços residenciais dos sócios estavam desatualizados.

Diante disso, foram realizadas novas pesquisas junto ao site da Receita Federal do Brasil ocasião em que foram descobertos novos endereços dos sócios e enviados novos Termos de Intimação, solicitando a comprovação por meio idôneo da origem dos recursos creditados em conta corrente bancária.

Com a negativa, os fiscais solicitaram à Junta Comercial de Minas Gerais os contratos sociais da recorrente e de todas as empresas pertencentes aos sócios. Ao analisar a documentação enviada pela Junta, constataram que houve distrato social da empresa autuada, tendo sido extinta a pessoa jurídica em 04/08/09, com registro averbado em 18/09/09, apesar de constatação de funcionamento até 2010.

Com a resposta da Junta Comercial, a fiscalização também verificou que no ano-calendário de 2007 houve a abertura da empresa “JMFS Empreendimentos e Participações LTDA”, tendo a integralização do objeto social sido feita com bens imóveis dos sócios José Márcio Fernandes Silveira e Marsonery Fernandes Silveira dos Santos. Entendeu o fisco que tal situação merecia destaque, pois a recorrente na época da constituição estava sofrendo procedimento fiscal no referido ano-calendário e teria sido autuada por omissão de receitas.

Desta forma, foi enviado Termo de Reintimação Fiscal solicitando a comprovação por meio de documentação hábil e idônea, a respeito da origem dos recursos creditados em contas correntes bancárias.

Com as inúmeras recusas do contribuinte em não atender às intimações, houve a caracterização de embaraço à fiscalização e omissão de receitas, nos termos dos artigos 33 e 42 da Lei 9.430/96.

Com base nos extratos bancários foram constituídos de ofício os créditos tributários devidos a título de IRPJ e reflexos para CSLL, PIS e Cofins nos anos-calendários de 2006 e 2007, utilizando-se do arbitramento previsto no art. 47 da Lei 8.981/95 e nos artigos. 15 e 16 da Lei 9.249/95 e art. 27 da Lei 9.430/96.

Entendeu a fiscalização que por tratar a contribuinte de empresa cuja atividade é o comércio varejista de laticínios e frios, a alíquota do lucro arbitrado seria a de 8%, acrescida de percentual de 20% como determinado pela legislação acima referida. Além do crédito tributário acima, a autoridade fiscal também lançou multa qualificada pela fraude que foi agravada em razão do embaraço à fiscalização tributária.

Foram também elaborados Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 359 a 362) em desfavor de José Márcio Fernandes Silveira e Marsonery Fernandes Silveira dos Santos, uma vez que ambos eram os responsáveis pelos atos praticados na administração da Recorrente, com base nos art. 124, 125 e 135 do Código Tributário Nacional –CTN.

Importante destacar que com a conduta do contribuinte ao longo do período de fiscalização, principalmente pela constatação de esvaziamento patrimonial e transferência a terceiros, a Procuradoria da Fazenda Nacional em Minas Gerais entrou com Ação Cautelar Fiscal Preparatória contra a contribuinte, seus sócios (José Márcio Fernandes Silveira e Marsonery Fernandes Silveira dos Santos) e R.A Empreendimentos e Participações LTDA., pretendendo a indisponibilidades de seus bens tendo em vista futura satisfação do crédito tributário.

Intimado do lançamento, somente a Pessoa jurídica apresentou impugnação (fls. 1080 a 1097), alegando sucintamente o que se passa a expor:

Em preliminar, alegou que o auto de infração seria nulo por não mencionar o nome ou assinatura do chefe do respectivo órgão, uma vez que o Mandado de Procedimento Fiscal que originou o presente não teria o condão de outorgar poderes ao auditor fiscal para a realização de lançamentos.

Argumentou também que no auto de infração apenas constava a assinatura de um dos auditores fiscais, não do respectivo superior hierárquico, omitindo seu nome, cargo e assinatura, em contrariedade ao artigo 11 do Decreto-Lei 70.235/72.

Também alegou em preliminar que o auto de infração seria nulo, pois ao contrário do que fora alegado pelo fisco, não teria chegado ao seu conhecimento qualquer requisição para apresentação de documentos para início do procedimento fiscal.

Como a fiscalização não teria conseguido os documentos através da contribuinte, utilizou-se das instituições financeiras para consegui-los. No entanto, estes documentos que embasaram o presente processo são protegidos por sigilo bancário e só poderiam ser utilizados por meio de autorização judicial.

Ainda neste tópico, aduziu o contribuinte que faltou o requisito previsto na alínea VII, do art. 3º, do Decreto 3.274/2001, qual seja, a falta de recusa da empresa em apresentar os documentos solicitados, voltando a afirmar que não houve intimação para tanto.

No que diz respeito ao mérito, alegou que a autoridade fiscal ao realizar o arbitramento não considerou os valores efetivamente pagos, fato que geraria cobrança em duplicidade e enriquecimento sem causa.

Por fim, destacou em sua defesa o caráter confiscatório da multa, colacionando posicionamentos doutrinários e jurisprudências neste sentido.

Em seu julgamento, a 2ª Turma da DRJ/BHE manteve na íntegra o lançamento, rejeitando as arguições de nulidade e mantendo, no mérito, o crédito tributário exigido.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por falta do nome e assinatura do chefe do órgão expedidor, afirmou a DRJ que a competência para lançamento do crédito tributário foi conferida ao auditor fiscal, consoante dispõe o art. 6º, I, 'a' da Lei nº 10.593/02, na redação dada pela Lei nº 11.457/07, não havendo qualquer irregularidade neste ato.

Além disso, destacou que o lançamento respeitou todos os aspectos formais previstos no art. 10, inciso VI, do Decreto nº 70.235/72, em que consta que o auto de infração deve ser lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

No tocante a nulidade por quebra de sigilo fiscal, a DRJ entendeu por sua rejeição, tendo em vista que não possuía competência para questionar a constitucionalidade de leis vigentes, conforme disposto no art. 2º, § 5º do Decreto nº 3.724/01.

Por sua vez, reiterou que conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 41 a 50), a fiscalização tentou inúmeras vezes obter informação acerca da movimentação financeira da empresa no período investigado e, diante da falta de atendimento a essas intimações, ficou caracterizado o embaraço à fiscalização, que justificou a expedição da RMF, conforme determina o artigo 4º, §2º do referido Decreto n. 3.724/01.

Por estes motivos, afastou a DRJ o pleito de nulidade quanto à obtenção de provas junto as instituições financeiras.

Quanto à afirmação de falta de abatimento dos montantes recolhidos pela contribuinte, quando do cálculo dos valores arbitrados, entendeu aquela Delegacia que todos os

valores pagos foram deduzidos, pois o procedimento adotado pelo fisco foi o de totalizar os valores dos depósitos mensais (com consolidações trimestrais) e deduzir o valor declarado na 'PJSI' ou 'DIPJ' como receita bruta desse mesmo mês, para fins de apuração da omissão de receitas, conforme o Termo de Intimação Fiscal destinado ao contribuinte (doc. fls. 249/303).

Para a DRJ o procedimento adotado, qual seja, a exclusão perpetrada diretamente na base de cálculo, seria mais benéfica para o contribuinte do que a dedução proporcional do imposto ou contribuições pagos pela sistemática unificada do Simples, por isso entendeu não ser possível deduzir ainda os valores pagos a título do Simples.

Ao analisar a multa de ofício qualificada, destacou que os lançamentos do IRPJ, do PIS, da Cofins e da CSLL foram qualificados, no percentual de 150%, e agravados para 225%, com base no art. 44, I, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430/96.

Os fatos que motivaram essa aplicação constaram do Relatório Fiscal, qual sejam, a apresentação de DIRPJ como Simples nos anos-calendários de 2006 e 2007 (primeiro semestre) com valores ínfimos em relação a grande movimentação financeira e, com valores zerados no segundo semestre de 2007, aliados ao embaraço à fiscalização decorrentes da não apresentação dos livros contábeis e fiscais e do não atendimento às intimações fiscais.

Finalmente, afirmou a DRJ em seu julgamento que o contribuinte não enfrentou os fatos que motivaram o lançamento e qualificação da multa, limitando-se a afirmar seu caráter confiscatório. Para a DRJ o princípio contido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, relativo à vedação ao confisco é dirigido ao legislador, que deve observar a capacidade econômica do contribuinte não podendo dar ao tributo conotação de confisco.

Assim o crédito tributário foi mantido integralmente.

Inconformado com o acórdão proferido pela 2ª Turma da DRJ/BHE, o contribuinte apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 1142 a 1157), reiterando os mesmos argumentos levantados na impugnação, motivo pelo qual não os retomaremos.

Eis o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele toma-se conhecimento.

Conforme se verifica nas razões recursais, a contribuinte apresenta preliminar de vício formal existente no auto de infração decorrente de falta de assinatura de autoridade fiscal competente.

Ocorre que a suscitada nulidade deve ser rejeitada, vez que o Mandado de Procedimento Fiscal detém todos os requisitos exigidos no artigo 10 do Decreto n. 70235/72.

De fato, como bem destacado pela Delegacia da Receita de Julgamento (fls. 1106) a competência para lançamento do crédito tributário foi conferida ao auditor fiscal, consoante dispõe o art. 6o, I, 'a' da Lei nº 10.593/02, na redação dada pela Lei nº 11.457/07 e o Mandado de Procedimento Fiscal que deu origem à fiscalização foi assinado eletronicamente pela referida autoridade competente que designou auditor fiscal também competente para conduzir os trabalhos e constituir o crédito tributário eventualmente apurado.

Ademais, não ocorreu nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 59, do Decreto nº 70.234/72, *in verbis*:

“Art.59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Assim, tendo em vista que o procedimento fiscal foi instaurado, conforme os ditames legais, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração por vício formal, como pretendido pela Recorrente.

Além da nulidade acima, argumenta a Recorrente ter havido *in casu* nulidade do auto de infração decorrente de suposta quebra indevida de sigilo bancário.

Ocorre que referido acesso ao sigilo bancário possui previsão legal no artigo 1º, §3º da Lei Complementar 105/01 e, conforme determina a Súmula CARF nº 02

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

Assim, consistindo art. 42 da Lei nº 9430/96, e art. 142 do CTN como matrizes legais em vigor e válidas sob a ótica constitucional para o lançamento fiscal, ainda que se reconheça a existência de interpretações que sustentem violações aos preceitos constitucionais referidos, no presente caso elencado nas defesas do sujeito passivo, esta instância administrativa recursal carece de competência para apreciar tais arguições, pelo que se aplica a súmula administrativa acima citada.

Com efeito, se rejeita, igualmente, a preliminar de inconstitucionalidades arguida pela Recorrente.

No mais a alegação principal da Recorrente já foi enfrentada pela decisão de primeira instância, no que se refere a composição da base do lançamento de ofício, em relação ao que a autoridade fiscal deixou de considerar os custos incorridos na atividade operacional do sujeito passivo. Ocorre que no Termo de Intimação Fiscal destinado ao contribuinte (fls. 249/303), é possível verificar a referida dedução, haja vista a autoridade fiscal ao compor a

base de cálculo com os depósitos mensais foram excluídos expressamente os valores declarados e pagos.

Portanto, a fiscalização deduziu da base de cálculo os valores informados a título de receita bruta nas PJSI dos exercícios de 2007 e 2008 (anos-calendário de 2006 e 2007) ou ainda na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) do exercício de 2008, ano-calendário de 2007 (doc. fls. 51/91), sendo improcedentes, novamente, os argumentos aduzidos neste sentido pela Recorrente.

Finalmente, no que tange à multa qualificada e agravada, vale destacar que a autoridade não somente se contentou com a presunção de sonegação, comprovando a fraude e a intenção de protelar a fiscalização.

De plano, merece ser afastada, a referida alegação da Recorrente de que a multa teria caráter confiscatório, tendo em vista a incompetência já destacada acima deste E. Conselho de Contribuintes para adentrar no julgamento de questões referentes à inconstitucionalidade de lei, matéria essa de competência exclusiva do Poder Judiciário.

De fato, como bem destacou a DRJ, os fatos que motivaram a qualificação da multa foram bem delimitados no Relatório Fiscal, qual seja, a apresentação de DIRPJ como Simples nos anos-calendários de 2006 e 2007 (primeiro semestre) com valores ínfimos em relação a grande movimentação financeira e, com valores zerados no segundo semestre de 2007, aliados ao embaraço à fiscalização, como a não apresentação dos livros contábeis e fiscais e não atendimento às intimações fiscais.

Nesse contexto, verifica-se que a Recorrente reiteradamente utilizou-se de conduta irregular com o objetivo de se eximir do Fisco, configurando o evidente intuito de fraude, permitindo a sua qualificação. No mais, a intenção protelatória claramente identificada nos atos do contribuinte permite o agravamento cujo respaldo legal se encontra no artigo 44 parágrafos 1º e 2º da Lei n.º 9.430/96.

A elucidar o acerto da aplicação da penalidade qualificada e agravada, transcreve-se os fundamentos de decidir da autoridade julgadora de primeira instância, em seu voto, os quais são aqui adotadas:

A multa de ofício aplicada aos lançamentos do IRPJ, do PIS, da Cofins e da CSLL foi qualificada, no percentual de 150%, e agravada para 225%, com base no art. 44, I, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430, de 1996, na redação dada pelo art. 14 da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

Os fatos que motivaram a aplicação da multa de ofício de 225%, devidamente expostos pela autoridade fiscal, podem ser consubstanciados no seguinte trecho extraído do Relatório Fiscal:

(...) Como o contribuinte apresentou declarações de imposto de renda pessoa jurídica como SIMPLES nos anos calendário de 2006 e 2007 (primeiro semestre) com valores inexpressivos em relação à movimentação financeira e, com valores zerados no segundo semestre de 2007, sendo os fatos considerados como práticas reiteradas à legislação tributária e do embaraço à fiscalização, com a não apresentação dos livros contábeis e fiscais e o não atendimento às intimações, os créditos tributários estão sendo constituídos com multas qualificadas e agravadas, de acordo com o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a

redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 e artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, in verbis:

[...]

É importante notar que o impugnante, em nenhum momento, enfrentou objetivamente os fatos que fundamentaram a qualificação e o agravamento da multa de ofício, se limitando a discorrer sobre o seu efeito confiscatório.

Nesse sentido, quanto à alegação de cobrança confiscatória, cumpre considerar que o princípio insculpido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, relativo à vedação ao confisco é dirigido ao legislador. Tal princípio orienta a elaboração legislativa, que deve observar a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º da CF), bem como não pode dar ao tributo conotação de confisco.

Sendo assim, a multa de ofício, em se tratando de penalidade e não de tributo, não possui caráter confiscatório, já que não visa arrecadar mais tributo ou contribuição, mas sim desestimular a prática da ilicitude fiscal. A garantia constitucional prevista no art. 150, IV, da Constituição Federal, diz respeito apenas a tributos, que na definição do próprio texto constitucional, são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (art. 145, incisos I, II e III da CF). As multas, portanto, não são tributos, como aliás já define o CTN (art. 3º), determinando inclusive que estes não se constituam em sanção de ato ilícito, distinguindo-os assim exatamente das multas, que visam punir uma conduta ilegal.

Ademais, na situação em causa, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria, não há como negar efetividade à cobrança da multa de ofício sob o argumento acerca de sua natureza confiscatória.

Quanto aos entendimentos doutrinários e à jurisprudência do Judiciário citadas pelo impugnante, remete-se à abordagem feita no item I desse Voto, para afastar a sua aplicação ao caso concreto.

Portanto, sob a ótica legal, não há nenhum reparo a se fazer nos lançamentos no tocante à exigência da multa de ofício no percentual aplicado.

Em razão disso, deve ser mantida a multa no percentual aplicado.

Assim, não tendo a Recorrente se insurgido quanto a matéria principal do mérito, qual seja, a acusação de omissão de receitas e embaraço a fiscalização, nos termos do art. 33 e 42 da Lei nº 9.430/96, e nem se insurgido contra o regime de arbitramento para a apuração correta dos lançamentos de ofício, considera-se a matéria definitivamente julgada, já em primeira instância administrativa julgadora.

Finalmente, consta que foram elaborados Termos de Sujeição Passiva Solidária para José Márcio Fernandes Silveira - CPF: 421.010.006-44 e Maroney Fernandes Silveira dos Santos - CPF: 997.765.706-82, tendo em vista que ambos foram responsabilizados pelos atos cometidos na administração da empresa, nos termos dos artigos 124, 125 e 135 do Código Tributário Nacional - CTN e como consta no processo foram devidamente intimados e

não ofereceram as respectivas impugnações, conforme relatado pela autoridade julgadora de primeira instância e confirmado nos autos, assim como, devidamente intimados da decisão da DRJ igualmente não apresentaram recursos próprios e, sequer o contribuinte, em sua peça recursal, faz qualquer alusão ou referência defensiva aos mesmos, sócios dela.

Diante disso, considerando-se definitivamente julgada a matéria da sujeição passiva solidária, por não expressamente impugnada, desde seu momento inicial oportuno, nesta instância reconhece-se a sujeição passiva solidária conforme efetivada pela autoridade fiscal.

Diante todo o exposto, é de se negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, mantendo-se a responsabilidade solidária de José Márcio Fernandes Silveira - CPF: 421.010.006-44 e Marsony Fernandes Silveira dos Santos - CPF: 997.765.706-82.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno