



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

Processo nº 10855.003037/2006-96
Recurso nº 162.279 Embargos
Acórdão nº **1802-000.801 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de fevereiro de 2011
Matéria IRPJ E REFLEXO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado N.A. PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES DE ITU LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL. INTUITO DE FRAUDE. DOLO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO.

Os fundamentos constantes do voto condutor do acórdão embargado pela caracterização e comprovação da infração imputada omissão de receitas não operacionais (falta de pagamento de ganho de capital) - que aliás tal infração restou reconhecida pela própria autuada na medida em que efetuou, após a autuação, o recolhimento, ainda que em parte, do crédito tributário concernente à operação de venda de participação societária do seu ativo – não suprem a falta de caracterização e comprovação, pela fiscalização, do intuito de fraude (dolo) para qualificação da multa.

Embargos Rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR os embargos, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Gilberto Baptista, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira em substituição ao Conselheiro Alfredo Henrique Rebello Brandão.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº. 1802-00.505, de 05/07/2010, opôs os Embargos de Declaração (fls. 887/889) com fundamento no artigo 64, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº. 256/2009.

O acórdão foi recepcionado na Procuradoria da Fazenda Nacional em 21/09/2010, conforme Relação de Movimentação – RM nº 27322 de fl.885, considerando-se intimada 30 (trinta) dias após (§§ 7º a 9º, do art. 23, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 11.547, de 16/03/2007, D.O.U de 19/03/2007).

Os embargos foram protocolizados em 23/09/2010 (fl.887), portanto, dentro do prazo de 05 (cinco) dias fixado no § 1º do artigo 65 do RICARF.

A embargante afirma que o Acórdão guerreado deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, apenas para afastar a qualificadora da multa, reduzindo-a para 75%, nos termos do voto do eminente Relator (fl. 887-v); que, entretanto, da análise do citado voto extrai-se contradição entre as constatações e os fundamentos empregados para o reconhecimento da legalidade do lançamento dos tributos (IRPJ e CSLL) e a conclusão em favor da redução da multa.

Nesse sentido, transcrevo, no que pertinente, as razões deduzidas pela embargante (fls. 887, 888 e 889), *in verbis*:

(...)

Com efeito, em diversas passagens do voto consta, com riqueza de detalhes, que a conduta do contribuinte foi forjada para esconder da Administração Tributária a existência do negócio jurídico (...). Confira-se:

“Quanto ao fato da alienante das participações societárias ter continuado com as participações societárias tidas como alienadas, ainda por algum tempo, não impressiona esse argumento, é óbvio o motivo. Ou seja: o intuito era, por algum tempo, manter a operação incógnita junto a terceiros, inclusive, do fisco (e o foi), logo – nesse tempo – não houve alteração no registro de titularidade.

(...)

Consta, também, da diligência fiscal que desde a data de venda das participações societárias objeto dos autos (26/11/2004), a recorrente jamais recebeu dividendos. No período em que o

contrato ficou incógnito (contrato de gaveta), nas DIPJ (anos-calendário 2004, 2005 e 2006) a recorrente constou, pro forma, como sócia; por conseguinte sem distribuição de lucros; e nas DIPJ seguintes (anos-calendário 2007 e 2008) não constou como sócia e, também, não teve distribuição de lucros. Fato que reafirma que as cláusulas do contrato celebrado em 26/11/2004 foram observadas e cumpridas à risca pela recorrente” (fls. 881-v/882)

Mais adiante, no capítulo específico sobre a qualificação da multa, o eminente Relator reconhece o fato que “enquanto não se ultimasse (sic) todas as recompras previstas o contrato não teria publicidade, seria contrato de gaveta, mas que tal instrumento contratual acabou sendo apreendido em operação da Polícia Federal” (fl. 882-v).

No parágrafo seguinte, contudo, concessa maxima venia, conclui contraditoriamente o seguinte: “De modo que não vislumbro a existência de dolo específico de sonegação fiscal” (fl. 882-v)

Ora, a constatação exposta no acórdão, a saber, que ficou comprovado o intuito de esconder de terceiros e do fisco o negócio jurídico celebrado e que o contrato, em verdade, caracterizou-se como “contrato de gaveta”, não auORIZA outra conclusão senão a de que houve dolo e, portanto, a multa deve ser qualificada (150%).

Há, portanto, a necessidade de sanar a contradição apontada, para que a conclusão do acórdão se amolde às premissas adotadas.

(...)

(grifos meus)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Os Embargos de Declaração foram protocolizados tempestivamente e preenchem as demais condições de admissibilidade. Portanto, deles conheço.

De plano, não vislumbro a alegada contradição entre as constatações e os fundamentos empregados para o reconhecimento da legalidade do lançamento dos tributos (IRPJ e CSLL) e a conclusão em favor da redução da multa de 150% para 75% pela inexistência de dolo (afastamento da qualificadora).

A propósito, a fiscalização narrou assim a qualificação da multa, no Termo de Constatação de fl. 112, o qual é parte integrante do lançamento fiscal de 06/11/2006, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...)

III – QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Ao não registrar a receita tributável em sua contabilidade e não declará-la ao fisco, a empresa impediu a autoridade fazendária de tomar conhecimento da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL. O fato tornou-se conhecido apenas e tão-somente em virtude da apreensão pela Polícia Federal do contrato de fls. 40/45. A conduta do sujeito passivo foi intencional, fruto de sua vontade, e teve como objetivo eximir-se do pagamento do imposto através da sonegação, conforme definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 31/11/1964.

(...)

O fisco utilizou como fundamento legal para qualificação da multa o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, para fatos geradores no período de 01/01/97 a 29/06/2006 (fl. 120), *in verbis*:

Art. 44. (...)

II – Cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

Ora, da narrativa dos fatos supra, extraída Auto de Infração e do Termo de Constatação Fiscal, não restou demonstrada, pela fiscalização, de forma cabal, a existência do dolo, ou seja, do intuito de fraude fiscal na falta de escrituração da operação de venda de participação societária, em 26/11/2004, pela autuada.

O fato da operação de venda de participação societária não ter sido registrada na escrituração contábil e fiscal não implica, necessariamente, intuito fraudulento.

De modo que, na descrição dos fatos, em relação a qualificação da multa, o elemento volitivo, o dolo, na falta de registro da operação de venda da participação societária não restou caracterizado, demonstrado, nem comprovado, de forma cabal, pela fiscalização.

Nesse sentido, consta do voto condutor do acórdão embargado (fls. 882/883), *in verbis*:

(...)

**MULTA QUALIFICADA. DOLO DE SONEGAÇÃO FISCAL.
FALTA DE COMPROVAÇÃO.**

A fiscalização entendeu que a contribuinte, ao não registrar a receita tributável em sua contabilidade e não declará-la ao Fisco, impediu a autoridade fazendária de tomar conhecimento da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL cuja conduta foi intencional, fruto de sua vontade, e teve como objetivo eximir-se do pagamento do imposto através da sonegação, conforme definida no art. 71 da Lei nº 4.502, de 31/11/1964.

Para aplicar a multa qualificada deve existir o elemento fundamental de caracterização que é dolo específico de fraudar ou de sonegar.

Neste ponto, concordo com a argumentação constante do voto do relator na instância a quo (DRJ/Ribeirão Preto), o qual restou vencido quanto ao afastamento da qualificadora, mas que traduz a realidade. Por isso, adoto tal fundamento para afastar a qualificadora. Nessa parte, transcrevo o voto vencido da instância a quo (fls. 232/234):

(...)

Com base nos autos, a única possibilidade de enquadramento do caso nas hipóteses previstas na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, II, é a sua subsunção à descrição legal de sonegação.

Entretanto, não há nos autos prova material de que a contribuinte tenha tentado dolosamente impedir ou retardar, total ou parcialmente, o reconhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

A simples contatação de ter a contribuinte deixado de oferecer à tributação um ganho de capital não é razão suficiente para aplicação da multa de 150%, pois tal circunstância não figura entre suas hipóteses de aplicação.

Tenho, por diversas vezes, manifestado no sentido de não acatamento de multa qualificada em virtude de simples omissões. Tal posição mostra-se coerente com os ditames da lei, pois o agravamento de qualquer multa com base na referida legislação somente pode ocorrer quando a fiscalização provar de modo incontestado através de documentação acostada nos autos o dolo por parte do contribuinte, condição imposta pela

lei. A multa não pode ser agravada através de presunção, pois a lei exige prova do dolo específico para cada fato gerador do imposto, não tendo a fiscalização provado o dolo toma-se indevido o agravamento.

No caso dos autos, entendo que não ficou devidamente comprovado, por meio de provas materiais, a existência do dolo por parte do contribuinte em relação à infração apurada, nas condições impostas pela norma legal. Assim, descabe a aplicação da multa (qualificada) de ofício no percentual de 150%, devendo ser reduzida para 75%, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

(...)

Ademais, conforme explanou o causídico, patrono da recorrente, em sustentação oral efetuada na própria Sessão de Julgamento, que a operação de venda irretratável e irrevogável da alienação das participações permanentes para a empresa JADANGIL, realizada em 26/11/2004, não foi registrada na escrita fiscal e contábil antes da autuação, não com propósito de sonegação fiscal, mas, sim, em face de rearranjo organizacional (...).

De modo que não vislumbro a existência do dolo específico de sonegação fiscal.

(...)

(Grifos meus)

Os fundamentos constantes do voto condutor do acórdão embargado pela caracterização e comprovação da infração imputada do IRPJ e da CSLL (omissão de receitas não operacionais - falta de pagamento de ganho de capital) - que aliás tal infração restou reconhecida pela própria autuada na medida em que efetuou, após a autuação, o recolhimento, ainda que em parte, do crédito tributário concernente a operação de venda de participação societária de 26/11/2004 – não suprem a falta de caracterização e comprovação, pela fiscalização, da imputação do intuito de fraude (dolo).

Logo, não vislumbro a alegada contradição apontada pela embargante. Na verdade, a embargante pretendeu rediscutir o mérito da qualificadora, o que é defeso em sede de embargos.

Por conseguinte, voto para REJEITAR os Embargos de Declaração.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

Processo nº 10855.003037/2006-96
Acórdão n.º **1802-000.801**

S1-TE02
Fl. 4
