



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

Processo nº 10865.001630/2006-89
Recurso nº 161.075 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.117 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente ART LETRA ACRÍLICOS E METAIS LTDA. - ME
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ARBITRAMENTO - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA: A receita presumida em decorrência da falta de comprovação da origem dos depósitos em estabelecimentos bancários pode ser adotada como base de cálculo do lucro arbitrado.

EXTRATOS BANCÁRIOS - OBTENÇÃO DIRETA DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS: A obtenção dos extratos bancários por solicitação direta aos estabelecimentos financeiros não implica ilegalidade da prova nem ofende as garantias individuais, devendo ser usada sob sigilo fiscal.

PIS E COFINS - CUMULATIVIDADE: O regime de lançamento do PIS e da COFINS, em ocorrendo o arbitramento dos resultados da pessoa jurídica, é de cumulatividade.

PIS E COFINS - EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO: Por absoluta falta de previsão legal, o valor do ICMS não é dedutível na apuração da base de cálculo do Pis e da Cofins.

JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC: A teor da Súmula nº 04, do 1º Conselho de Contribuintes, é legal a cobrança dos juros moratórios parametrados pela variação da Taxa Selic.

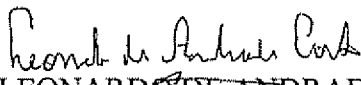
IPI - COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS: Por incompetência regimental, esta Turma Ordinária declina de sua competência em favor da 3ª Seção.

MULTA QUALIFICADA - Identificado que a contribuinte agiu positivamente com o intuito de fugir a suas obrigações perante o Fisco, pelo que deve ser mantida a qualificação da multa de ofício.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, declinar competência para a 3ª Seção do CARF em relação ao IPI lançado e por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso em relação aos demais tributos. Vencido os Conselheiros José Carlos Passuello (Relator), Paulo Jacinto do Nascimento e Leonardo Henrique M. de Oliveira que davam provimento parcial para reduzir a multa para 75% e acolher parcialmente a decadência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado o conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira para redigir o voto vencedor.


LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente


JOSÉ CARLOS PASSUELLO - Relator


ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA - Redator Designado

EDITADO EM 28 JAN 2011

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por ART LETRA ACRÍLICOS E METAIS LTDA, contra a decisão da 3ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto, SP, que manteve integralmente e exigência relativa ao IRPJ, CSLL, Cofins, Pis e IPI, relativo aos anos-calendário de 2001, 2002, 2003 e 2004, sob ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para a contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

As hipóteses de exclusão da base de cálculo da Cofins estão expressamente previstas em Lei.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

PIS. BASE DE CÁLCULO.

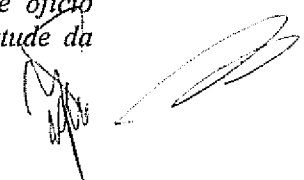
As hipóteses de exclusão da base de cálculo do PIS estão expressamente previstas em lei.

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

LANÇAMENTO DE OFÍCIO DECORRENTE. OMISSÃO DE RECEITAS.

Comprovada a omissão de receitas em lançamento de ofício respeitante ao IRPJ, cobra-se, por decorrência, em virtude da



irrefutável relação de causa e efeito, o IPI correspondente, com os consectários legais.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

NULIDADE.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CERCEAMENTO DE DEFESA

Descabe falar-se em cerceamento do direito de defesa quando não comprovado o prejuízo à contribuinte.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de realização de diligência quando não há dúvida para o julgamento da lide, mormente em se tratando de matéria cujo ônus da prova é da contribuinte.

Tributação Reflexa. IPI. PIS. csll. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

DECADÊNCIA. IRPJ.

Tratando-se de lançamento de ofício, o termo inicial da decadência ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES.

O prazo decadencial para lançamento das contribuições sociais é de dez anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

É competência atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, cabendo à esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

SIGILO BANCÁRIO.

A obtenção de informações pelo fisco junto a instituições bancárias não constitui quebra de sigilo, nem meio ilícito de obtenção de provas, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

*LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO.
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
IRRETROATIVIDADE.*

É incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

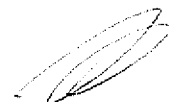
Lançamento Procedente.

Devido à competência restrita desta 5ª Câmara, não será examinado o lançamento relativo ao IPI, que deverá ser encaminhado à uma Câmaras com competência para seu julgamento.

No extenso relatório fiscal que apoiou o lançamento, que apresenta relato minucioso de procedimentos e detalhes da fiscalização, entendo importantes para o deslinde do feito, os seguintes (fls. 1.089 e seguintes):

"1.1. A presente fiscalização, direcionada aos anos-calendário de 2.001 a 2.004, foi iniciada em razão de ter sido detectada movimentação financeira incompatível com a receita declarada pelo contribuinte à SRF, visto que naqueles anos se sujeitou a um desconto total de CPMF incidente sobre valores que superaram R\$ 971.000,00, ao passo que apresentou as declarações de rendimentos como inativa, ou seja, como se não tivesse tido qualquer faturamento no período. (fls. 96 a 100)."

1.14. Tendo em vista a existência no histórico do extrato do Bradesco a informação de créditos provenientes de diversas prefeituras, algumas delas foram intimadas a encaminhar documentação relativa a operação realizada. Recebemos como resposta das prefeituras diversas notas fiscais emitidas pela fiscalizada, comprovando a realização de atividade mercantil da empresa durante o período objeto da fiscalização. (fls. 454 a 737 e 741 a 804 e 812 a 828)"



“2.1. De acordo com o que consta nos livros apresentados, nas Declarações Anuais Simplificadas (Inativa) entregues e nas informações prestadas a esta fiscalização, o contribuinte declarou que não auferiu qualquer receita operacional, haja vista o fato de estar inoperante, tendo protocolizado pedido de baixa no Posto Fiscal em Pirassununga, inclusive com carimbo de “encerrado definitivamente em 31/12/1996” pelo Fisco Estadual.

2.2. Entretanto, de acordo com as já citadas informações sobre CPMF, prestadas a este Órgão pelas instituições bancárias, a fiscalizada movimentou recursos financeiros em todos os meses compreendidos entre 01/2001 e 12/2004, revelando uma situação fática incompatível com a sua pretensa condição de inativa, não tendo exibido quaisquer elementos que pudessem comprovar a procedência das quantias que transitaram por contas de sua titularidade.

2.3. Diante desse fato e tendo em vista a não apresentação dos extratos bancários relativos aos anos de 2001 a 2004, ficou evidenciado que seria necessário requisitar tais elementos diretamente às instituições financeiras nas quais a fiscalizada mantinha conta corrente, especialmente em virtude da hipótese de ter ocorrido conduta que ensejasse representação criminal, nos termos da legislação que rege os crimes contra a ordem tributária.

2.4. Em razão dessa necessidade e com fundamento no artigo 3º do Decreto nº 3.724/01, foram emitidas as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF nº 0811200.2006.00009-9 e 0811200.2006.00010-2, dirigidas aos Bancos Bradesco e Banespa.

2.5. Em resposta às RMF emitidas, as instituições financeiras intimadas apresentaram cópias dos extratos bancários referentes às contas correntes a seguir discriminadas, tituladas pela fiscalizada: BRADESCO, Agência nº 1664-0, conta corrente nº 4.605-1 e BANESPA, Agência nº 0170, conta corrente nº 13-000673-0.”

“3.4 Em vista das notas fiscais emitidas pelo fiscalizado em nome de prefeituras e de outros depósitos provenientes de outras pessoas jurídicas, conforme observado no histórico do extrato bancário, ficou caracterizada, conforme amostragem selecionada no extrato bancário da mesma, a origem dos recursos como sendo das atividades mercantis da empresa

3.5. Em virtude dessas circunstâncias e do não oferecimento à tributação desses valores, os mesmos estão sendo tributados, conforme previsto no parágrafo 2º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, como receitas omitidas, através da lavratura do Auto de Infração, nos termos do art. 926 do RIR/99, as quais se encontram discriminadas no demonstrativo abaixo, consolidado mensalmente, cujo conteúdo é a seguir resumido. Ressaltamos que os valores identificados como sendo: resgate de aplicação financeiras, estornos, cheques devolvidos, empréstimos

bancários e transferências entre contas do próprio contribuinte foram excluídos."

Constatada a falta de apresentação da escrituração contábil e fiscal, não tendo apresentado também o livro caixa, a fiscalização procedeu ao arbitramento de seus resultados.

Foi aplicada multa qualificada, apoiada nos fatos descritos (fls. 1.097):

"5.4. No caso concreto sob análise, o fiscalizado utilizou-se de duas contas correntes controladas à margem de sua escrituração regular (aliás não possui qualquer escrituração), tendo declarado reiteradamente, em diversos documentos e em diferentes ocasiões (livros fiscais, declarações anuais, resposta de intimação), que não realizou nenhuma atividade operacional durante o período abrangido pela ação fiscal.

5.5. Contudo, essas informações não se encontram em consonância com a realidade, haja vista a existência de recursos cuja procedência não foi demonstrada pela fiscalizada, em que pese terem sido concedidas inúmeras oportunidades para fazê-lo. Tais fatos evidenciam, de forma incontestável, que houve intenção de ocultar da Administração Tributária o conhecimento sobre a concretização da hipótese de incidência tributária.

5.6. Os fatos abaixo relatados levaram à formação de convicção:

a) a apresentação da Declaração Anual Simplificada na condição de Inatividade, na qual foi declarado: "a pessoa jurídica que está preenchendo esta Declaração de Inatividade permaneceu, durante todo o ano-calendário, sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial";

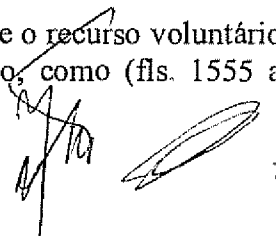
b) a falta de declaração ao Fisco dos movimentos bancários realizados;

c) a apresentação de resposta à intimação desta fiscalização: "a requerente encontra-se inativa no período solicitado no termo de procedimento fiscal, sendo, via de consequência, impossível apresentar qualquer documento contábil. Pela mesma razão, não foram entregues DIPJs";

d) a emissão de Notas Fiscais referentes a venda de produtos fabricados pela empresa, demonstra a existência de conhecimento prévio a respeito da ocorrência do fato gerador e o desejo de afastá-lo da tributação;

5.7. Havendo, portanto, a configuração dos dois elementos formadores do dolo (o cognitivo e o volitivo), fica caracterizado o evidente intuito de fraude estipulado pelo inciso II do artigo 44 da Lei 9.430 de 1996, razão pela qual será aplicada a multa qualificada de 150% nele prevista."

A decisão recorrida manteve integralmente a exigência e o recurso voluntário trouxe alegações diversas, reiterando as razões contidas na impugnação, como (fls. 1555 a 1604 - IRPJ):



7

Nulidade do auto de infração por descrição insuficiente dos fatos, já que não há descrição detalhada das origens dos valores, desatendendo o disposto no art. 10 do Dec. 70.235/72;

Formalizou preliminar de decadência, entendendo que a contagem é mensal na forma do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, sem mencionar os períodos alcançados; apenas referenciando a alguns de 2001;

Alegou obtenção de prova ilícita porque a fiscalização utilizou-se “simplesmente, da análise de extratos de cartão de crédito, violando, assim, os princípios da irretroatividade e do sigilo, resguardados pela Constituição Federal”;

Alegou que é impossível a presunção de omissão de receitas em extratos bancários;

Inovou alegando a não cumulatividade da Cofins e do Pis;

Inova alegando a inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo da Cofins e do Pis pela Lei nº 9.718/98;

Inova alegando a inconstitucionalidade do aumento da alíquota da Cofins para 3%;

Inova alegando que é ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do Pis;

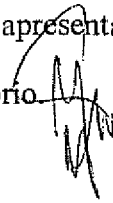
Alega que a utilização da Taxa Selic para medir os juros moratórios não encontra respaldo jurídico;

Entende que a multa aplicada, de 150%, ofende os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e da proibição ao confisco, devendo ser reduzida ao patamar de 20%, ou, ao menos para 75%, encerrando suas razões com o pedido de cancelamento da exigência.

A decisão de 1º grau foi cientificada à empresa em 29.06.2007 (fls. 1.554) e o recurso voluntário não apresenta carimbo de recepção e está datado de 22.07.2007, tendo o próximo despacho, de fls. 1.602, a data de 01.08.2007, porém a fls. 1.794, consta despacho informando que sua recepção se deu em 23.07.2007.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Abre o recurso uma preliminar de nulidade do lançamento sob alegação de que a descrição dos fatos na forma realizada gera total incerteza e não possibilita defesa da recorrente. Não teria havido suficiente descrição dos fatos uma vez que não há uma correta demonstração das movimentações financeiras e, em especial demonstrativos de onde vieram as receitas utilizadas para a aplicação do arbitramento.

O exame do termo de verificação permite verifica com objetividade os resumos mensais dos valores correspondentes à movimentação financeira, correspondentes aos valores extraídos dos extratos e cuja intimação para comprovação de sua origem não resultou na comprovação necessária para elidir a presunção utilizada pela fiscalização. A relação pode ser encontrada a fls. 422 a 448 e contém os valores individualizados.

Descabe, portanto esta preliminar.

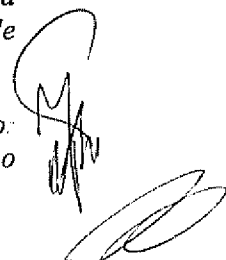
Outra preliminar de nulidade do lançamento consiste na alegação de que a prova utilizada pela fiscalização foi obtida de forma ilícita, uma vez que para lavrar o auto de infração o autor do feito simplesmente procedeu à análise de extratos de cartão de crédito, violando assim os princípios da irretroatividade e do sigilo, resguardados pela Constituição Federal.

Cabe a ressalva de que a fiscalização não utilizou extratos de cartões de crédito, o que torna vazia a alegação, porém, diante do fato concreto da utilização dos extratos bancários, foram eles fornecidos de forma regular.

Porém, visando esclarecer as razões dessa regularidade, considerando que entendo terem sido apropriados os argumentos expendidos pela autoridade julgadora recorrida, os reproduzo, adotando-os como razões de decidir:

Sobre as alegações de que é inconstitucional a utilização, pela SRF, dos valores da movimentação financeira obtidos junto às instituições bancárias com origem na CPMF, por representar quebra de sigilo bancário, sendo considerada prova ilícita, verifica-se que a Constituição Federal (CF) prevê a proteção à inviolabilidade da privacidade e de dados e, igualmente, em seu art. 145, § 1º, outorga à administração tributária o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, com a finalidade de atender ao objetivo da capacidade contributiva, o que não tira o direito à privacidade, uma vez que a Fazenda Pública tem obrigação de sigilo.

O jurista Hugo de Brito Machado se pronunciou a esse respeito: não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o



patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993).

Por sua vez, o CTN, dispõe em seu art. 197, II:

Art. 197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II- os bancos, casa bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras;

Dessa forma, verifica-se que não existe vedação (nem mesmo constitucional) à solicitação de informações pelo fisco e, igualmente, não existe previsão legal para que tais solicitações sejam precedidas de autorização judicial.

O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes. Assim como os funcionários dos estabelecimentos bancários, os agentes fazendários estão sujeitos ao dever de resguardar as informações apuradas, em função do sigilo fiscal previsto no art. 198 do CTN. O mero repasse dos dados à Receita Federal pelo banco não infringe este dever, configurando-se apenas transferência de sigilo. Em um procedimento administrativo-fiscal somente têm acesso às informações auditadas os agentes do Fisco e o próprio contribuinte.

Por elucidativa, transcreve-se a seguinte ementa do acórdão do Conselho de Contribuintes:

SIGILO BANCÁRIO - ... Não configura quebra de sigilo, o fornecimento ao Fisco, de informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, as quais permanecem protegidas sob o manto do sigilo fiscal. Inteligência dos artigos 197, inciso II, e 198, ambos do CTN. (Ac. 1º CC 105-13223 – Sessão de 12/07/2000)

A solicitação de informações bancárias se deu com base na LC nº 105, de 2001, não cabendo à autoridade administrativa pronunciar-se sobre pretensas ofensas de lei posta no mundo jurídico, por se tratar de alegação de inconstitucionalidade.

Não há ilicitude em se apurar o tributo com base em informações bancárias obtidas a partir da CPMF, pois se trata somente de novo meio de fiscalização.



Tanto é assim que o CTN, art. 144, § 1º, diz expressamente que se aplica "ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros".

Não deve ser acolhida a preliminar.

A preliminar de decadência argüida não menciona datas, mas sua correlação pode ser facilmente feita.

O lançamento foi cientificado à recorrente em 05.09.2006 e abrangeu fatos geradores trimestrais (arbitramento) dos anos de 2001 a 2004.

Os tributos lançados se submetem ao artigo 150 do CTN, por estarem sujeitos à homologação, mas como foi aplicada a multa qualificada (150%), em princípio sua regência se deslocaria para o artigo 173.

Assim, para apreciar a preliminar suscitada, é necessário examinar-se antes a manutenção da qualificação da multa, visando definir-se qual dos dois artigos é aplicável.

A qualificação da multa deu-se em virtude das condições constatadas pela fiscalização e que se encontram descritas no termo de verificação fiscal (fls. 1489 e 1490), que reproduzo:

" 5.4. No caso concreto sob análise, o fiscalizado utilizou-se de duas contas correntes controladas à margem de sua escrituração regular (aliás não possui qualquer escrituração), tendo declarado reiteradamente, em diversos documentos e em diferentes ocasiões (livros fiscais, declarações anuais, resposta de intimação), que não realizou nenhuma atividade operacional durante o período abrangido pela ação fiscal.

5.5. Contudo, essas informações não se encontram em consonância com a realidade, haja vista a existência de recursos cuja procedência não foi demonstrada pela fiscalizada, em que pese terem sido concedidas inúmeras oportunidades para fazê-lo. Tais fatos evidenciam, de forma incontestável, que houve intenção de ocultar da Administração Tributária o conhecimento sobre a concretização da hipótese de incidência tributária.

5.6. Os fatos abaixo relatados levaram à formação de convicção:

a apresentação da Declaração Anual Simplificada na condição de Inatividade, na qual foi declarado: "a pessoa jurídica que está preenchendo esta Declaração de Inatividade permaneceu, durante todo o ano-calendário, sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial;"

a falta de declaração ao Fisco dos movimentos bancários realizados;

a apresentação de resposta à intimação desta fiscalização: "a requerente encontra-se inativa no período solicitado no termo de procedimento fiscal, sendo, via de consequência, impossível apresentar qualquer documento contábil. Pela mesma razão, não foram entregues DIPJs";

a emissão de Notas Fiscais referentes a venda de produtos fabricados pela empresa, demonstra a existência de conhecimento prévio a respeito da ocorrência do fato gerador e o desejo de afastá-lo da tributação;

5.7. Havendo, portanto, a configuração dos dois elementos formadores do dolo (o cognitivo e o volitivo), fica caracterizado o evidente intuito de fraude estipulado pelo inciso II do artigo 44 da Lei 9.430 de 1996, razão pela qual será aplicada a multa qualificada de 150% nele prevista "

Com relação à multa qualificada, venho votando regularmente sob o entendimento de que somente pode ela ser aplicada quando o contribuinte atua diretamente no fato gerador, não sendo suficiente para justificar a sua aplicação eventuais efeitos ou procedimentos vinculados a obrigações acessórias ou à repetição dos fatos considerados.

Encontro eco ao meu entendimento no voto condutor da decisão consubstanciada no acórdão nº 104-21.956/2006, sob ementa:

"SANÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA QUALIFICADA. JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Para aplicação da multa qualificada, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. A prestação de informações ao fisco em resposta à intimação emitida divergentes de dados levantados pela fiscalização, a movimentação bancária desproporcional aos rendimentos declarados, **mesmo de forma continuada**, bem como a apuração de depósitos bancários em contas de titularidade do contribuinte não justificados, independentemente do montante movimentado, por si só, não caracteriza evidente intuito de fraude, que justifique a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, já que ausente conduta material bastante para sua caracterização. Recurso parcialmente provido." (Ac. 104-21.956, de 18 de outubro de 2006).

Os argumentos esplendidamente expostos pelo Ilustre Relator, Dr. Nelson Mallmann bem expõem o seu entendimentos:

"Nos casos de lançamentos tributários tendo por base a presunção legal de omissão de rendimentos, vislumbra-se uma lamentável equívoco por parte da autoridade lançadora. Nestes lançamentos, acumulam-se duas premissas: a primeira que os depósitos bancários não justificados devem ser considerados omissão de rendimentos; a segunda que a falta de inclusão de rendimentos omitidos na Declaração de Ajuste Anual, em razão da habitualidade e expressividade, estariam a evidenciar o evidente intuito de sonegar ou fraudar o imposto de renda

Quando a autoridade lançadora age deste modo, aplica, no meu modo de entender, incorretamente a multa de ofício qualificada, pois, tais infrações não possuem o essencial, qual seja, o evidente intuito de fraudar. A prova, neste aspecto, deve ser material; evidente como diz a lei.

Este equívoco praticado pelo fisco provoca, em certos casos, um transtorno irreparável ao contribuinte. Como se sabe, toda vez que é aplicada a multa qualificada, além do problema tributário, surge a questão penal tributária, materializada na representação fiscal para fins penais, partindo do pressuposto que a conduta praticada pelo contribuinte tipifica, em tese, um ilícito penal previsto na Lei nº 8.137, de 1990.

Com efeito, a qualificação da multa, nestes casos, importaria em equiparar uma simples infração fiscal de omissão de rendimentos, facilmente detectável pela fiscalização, às infrações mais graves, em que seu responsável surrupia dados necessários ao conhecimento da fraude. A qualificação da multa, nestes casos, importaria em equiparar uma prática claramente identificada, aos fatos delituosos mais ofensivos à ordem legal, nos quais o agente sabe estar praticando o delito e o deseja, a exemplo da adulteração de comprovantes, da nota fiscal inidônea, movimentação de conta bancária em nome fictício, movimentação de conta bancária em nome de terceiro ("laranja"), movimentação bancária em nome de pessoas já falecidas, da falsificação documental, do documento a título gracioso, da falsidade ideológica, da nota fiscal calçada, das notas fiscais de empresas inexistentes (notas frias), das notas fiscais paralelas, do subfaturamento na exportação (evasão de divisas), do superfaturamento na importação (evasão de divisas), etc." (destaquei).

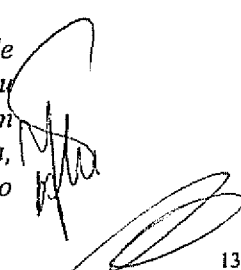
Assim, nessa linha, entendo ser inaplicável a penalidade qualificada, devendo ser ela convolada para 75%.

Consequentemente, torna-se aplicável o instituto da decadência, sendo de se acolher parcialmente tal preliminar, considerando-se que o lançamento foi cientificado à empresa em 05.09.2006, relativamente ao 1º e 2º trimestres de 2001.

Quanto ao mérito, a recorrente defende-se afirmando que o lançamento foi efetuado com base em extratos de cartão de crédito, fundado tão somente em presunção e sem comprovação material de omissão de receitas sob qualquer forma ou maneira. Tece comentários e perfilha numerosa jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Efetivamente, tendo a tributação incidido sobre a soma dos depósitos bancários de origem não comprovada, essa base de cálculo foi formado sob a égide da presunção erigida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96:

Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a 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.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

Como se pode observar, tendo ocorrido a intimação objetiva e específica para a comprovação da origem dos depósitos e créditos em conta mantida em instituição financeira, e não logrando o contribuinte efetuar tal comprovação, a lei definiu a presunção de que representam tais valores receitas havidas à margem da escrituração ou receitas omitidas.

No presente caso a intimação se deu na forma regular e a não comprovação da origem dos depósitos bancários também está caracterizada, restando à fiscalização a aplicação da lei mediante utilização da presunção.

Não é, porém absoluta tal presunção. É ela relativa, ou seja, permite ao contribuinte formar prova em contrário, bastando demonstrar a origem dos recursos utilizados nos aportes financeiros.

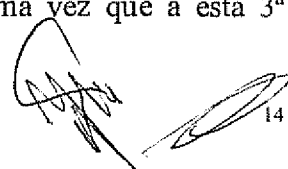
A descrição na lei da presunção tem o condão de redirecionar o encargo da prova ao contribuinte.

Antes do advento da Lei nº 9.430/96, a presunção referente ao presente procedimento era simples e determinava o ônus da comprovação objetiva da omissão de receitas ao fisco, que somente podia utilizar os depósitos bancários como indícios.

É o sentido contido na jurisprudência colacionada aos autos pela recorrente, que foi moldada diante da legislação anterior à Lei nº 9.430/96.

Portanto, a jurisprudência alinhada não aproveita à recorrente e o arbitramento foi realizado dentro dos critérios legais pertinentes à espécie.

Deixo de apreciar os argumentos relativos ao IPI, uma vez que a esta 3ª Câmara falece competência de julgamento de tal tributo.



Com relação ao Pis e à Cofins, argumenta a recorrente pretende fazer valer o conceito de não cumulatividade, entendendo que sua incidência deve se limitar à base de cálculo representada pelo valor efetivamente agregado ao preço, para efeito de posterior revenda.

A INCIDÊNCIA DO Pis e da Cofins sobre a receita omitida apurada por presunção está contemplada no parágrafo 2º do artigo 24 da Lei nº 9.249/95.

Considerando-se que a empresa não possui escrituração regular, é impossível apurar a margem de agregação, em cujo caso se aplicariam percentuais maiores do que aqueles que a fiscalização aplicou considerando o regime cumulativo.

Ademais, a legislação invocada (Inciso III, do parágrafo 2º, do art. 3º, da Lei 9.718) não é de aplicação genérica para comerciantes ou industriais, sendo que a possibilidade era dirigida apenas a subempreiteiros, cujo recebimento de suas receitas era recebida por terceiros e repassadas a eles, em coincidência de valores, mas que restou inaplicada por falta de regulamentação.

O Pis foi lançado à alíquota 0,65% e a Cofins à alíquota de 3%, previstas na legislação em regime de não cumulatividade.

Assim, é de se manter a tributação na forma como foi intentada, única forma que se ajusta ao arbitramento.

Ainda, a recorrente discute a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, alegando que são inconstitucionais, tanto a ampliação de sua base de cálculo quanto a elevação da alíquota da Cofins para 3%.

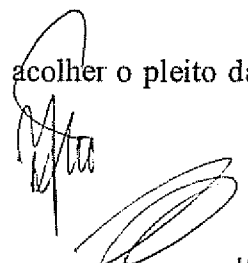
A despeito da vedação regimental em rejeitar a aplicação de lei diante de argumentação de sua inconstitucionalidade, este Colegiado pode apreciar a situação concreta perante a lei.

Tem razão a recorrente quando alega que o STF tenha se manifestado conta o alargamento da base de cálculo do Pis e da Cofins, porém essa discussão é irrelevante no presente caso, uma vez que a recorrente não informou qualquer valor referente a alguma das situações que possam ser alcançadas por tal alargamento, entendendo-se que, ao tributar as receitas operacionais da empresa, nesse conceito está albergado as receitas omitidas que provenham, comprovada ou presumidamente de sua atividade.

Já, com relação ao percentual de 3% o STF nunca se manifestou contra, inexistindo óbice à sua utilização.

Ainda, com relação à tentativa de excluir da base de cálculo do Pis e da Cofins o valor do ICMS, é de se ressaltar que a jurisprudência administrativa é uníssona em sentido contrário e que o próprio judiciário, mesmo não tendo pacificado definitivamente o assunto tem seguido majoritariamente em desabono dessa tese.

Ainda, por absoluta falta de previsão legal, não há como acolher o pleito da recorrente.

A handwritten signature in black ink is written over a circular official stamp. The signature is stylized and appears to be 'R. A. Costa'. The stamp is partially obscured by the signature.

Com relação à cobrança dos juros parametrados pela variação da Taxa Selic, o 1º Conselho de Contribuintes está adstrito à Súmula nº 4, sob ementa:

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."

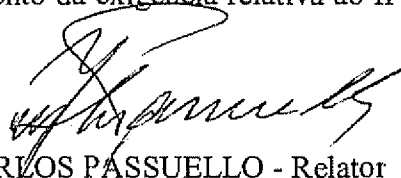
(DOU, Seção 1, Publicada nos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 2/07/2006.)

Pela condição vinculatoria das Súmulas, Oto por sua aplicação, uma vez que se adéqua ao presente caso.

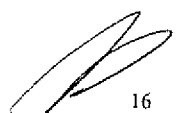
Com relação ao último pleito, que é de cancelamento da multa de ofício, ou no mínimo sua redução para 20%, por apresentar caráter confiscatório, deve ele ser rejeitado porquanto a penalidade de 75% encontra amparo legal, bem como a multa de 150% nos casos previstos na legislação de regência.

A redução para 75% já foi votada quando da apreciação da preliminar de decadência, já a exclusão da multa não apresenta qualquer amparo legal já que a legislação é taxativa na aplicação de no mínimo 75% em lançamentos de ofício e a multa de 20% somente é admissível para os casos de recolhimento espontâneo, que, por evidência não é o caso dos autos que sequer procedeu ao seu recolhimento.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso voluntário do contribuinte, para provê-lo parcialmente nos seguintes limites; a) rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento; b) desqualificar a multa de ofício e consequentemente acolher a preliminar de decadência relativamente ao 1º trimestre de 2001; c) declinar da competência para o julgamento da exigência relativa ao IPI; e, no restante das matérias negar-lhe provimento.



JOSÉ CARLOS PASSUELLO - Relator



Voto Vencedor

Conselheiro ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA - Redator Designado

Com relação à qualificação da multa, tenho, a princípio, entendimento de que a mera omissão de rendimento, não acompanhada de outras condutas gravosas que denotem o evidente intuito de fraude, deva ser apenada com a multa de 75%, somente vindo a ser qualificada quando identificada aquela situação específica.

É que a multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº. 9.430/96, já tem como pressuposto lógico a omissão de rendimento por parte do contribuinte que não o entrega à tributação. Em verdade, se não houvesse a referida omissão, não haveria a lavratura do auto de infração. A sua postura, nesta situação, é meramente omissiva – e não pró-ativa.

Situação diversa, no meu entendimento, é a daquele contribuinte que, dolosamente, pratica atos com o objetivo de fraudar a incidência do tributo, ou seja, que portase ativamente na ocultação da ocorrência do fato imponible. Nesta hipótese, quando o contribuinte agrega à sua omissão (pressuposto), uma ação dolosa para dissimular referida omissão, aí sim estaria o mesmo sujeito a qualificação da penalidade.

Tal divergência fica clara na contraposição do disposto nos art. 44, inciso I, da lei nº 9.430/96, com o disposto nos arts. 71 a 73 da lei nº 4.502/64, ambas com a redação dada pela lei nº 11.488/2007.

Dispõe, o art. 44 da lei nº 9.430/96, o seguinte:

“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;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.” (sem grifos no original).

Já os arts. 71 a 73 da lei nº 4.502/64, tomados como base da qualificação da multa pelo indigitado parágrafo primeiro, dispõe o seguinte:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:



I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Da contraposição da “falta de declaração ou declaração inexata” constante do inciso I do art. 44 da lei nº 9.430/96, com a “omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente”, o conhecimento do fato gerador, constante do art. 71 da lei nº 4.502/64, entendo que, para a segunda hipótese, a lei demanda a presença de dolo específico, mediante “ação ou omissão dolosa”, que deve ser especificamente provada na investigação administrativa, com fito à aplicação da multa majorada. Assim, a omissão desqualificada de uma ação tendente à dissimular referida omissão, deve ser enquadrada no disposto no art. 44, I, da lei nº 9.430/96.

Referido entendimento vem corroborado por julgamentos deste 1º Conselho de Contribuintes, quando entende que *“a mera omissão de rendimento não justifica o agravamento da multa, de 75% para 150%, haja vista que o primeiro percentual já é estabelecido para os casos em que o contribuinte não oferece rendimentos à tributação”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relatora Conselheira Thaísa Jansen Pereira, no recurso nº 134.875, acórdão nº 106-13722).

Assim, *“deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação de fraude. Incabível a aplicação de penalidade por presunção de fraude, em face de mera omissão de rendimentos apurada no lançamento”* (aceitação unânime da 2ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no recurso 143.280, acórdão 102-47397). Ainda, reforça este posicionamento a constatação de que *“a majoração da multa de ofício deve estar suficientemente justificada e comprovada nos autos, já que decorre de casos de evidente má-fé”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, no recurso 147842, acórdão 106-15545).

No caso dos autos, identifico que a Recorrente agiu positivamente com o intuito de fugir a suas obrigações perante o Fisco, pelo que deve ser mantida a qualificação da multa de ofício.



ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA - Redator Designado