



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.001687/2009-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.535 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de maio de 2021
Recorrente DADO PNEUS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DESCRIÇÃO DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS LEGAIS.

Não se acolhe a alegação de nulidade decorrente de deficiência na descrição os fatos e dos fundamentos legais, se esta se mostra consentânea e permite o pleno exercício do direito de defesa.

RECEITA OMITIDA. ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. PERCENTUAL DE PRESUNÇÃO DO LUCRO.

No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado, para fins de apuração do lucro presumido.

MULTA FUNDAMENTO LEGAL.

É correta a fundamentação legal da multa na redação da lei que vigia ao tempo da infração.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Aplicam-se aos lançamentos reflexo, no que couber, o que restar decidido com relação ao lançamento matriz.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) rejeitar a preliminar suscitada; ii) não conhecer das matérias de fundo constitucional arguidas; iii) no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos e a qualificação da multa de ofício em 150%.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Luciano Bernart, Marcelo Jose Luz de Macedo (suplente convocado(a)), Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **06-24.864 - 1ª Turma da DRJ/CTA**, complementando-o com as pertinentes atualizações processuais.

Este processo trata de lançamento relativo aos autos de infração de IRPJ (fls. 165-173); de Contribuição para o PIS/PASEP (fls. 174-180); de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (fls. 181-187) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 188-196).

Conforme se extrai de relato detalhado inserto no Termo de Verificação Fiscal de fls. 144-164, os eventos determinantes da lavratura do auto de infração têm origem na denominada Operação Ouro Verde - encetada em conjunto pela Receita Federal do Brasil e pela Polícia Federal -, em que se apurou a existência de instituição financeira clandestina operada pelo Grupo Roger Tur, na qual esta contribuinte mantinha contas correntes.

Intimada a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em tais contas e informada de que a não-comprovação da origem ensejaria lançamento a título de omissão de receitas, nos termos do art. 849 do RIR/99, a contribuinte absteve-se de promover a comprovação solicitada. Assim, o lançamento se refere a omissão de receitas caracterizadas pela falta de comprovação de origem de depósitos bancários.

*Foi aplicada a multa de ofício qualificada, pelas razões declinadas às fls. 160-161, com ênfase para o fato de ter havido **utilização de instituição financeira clandestina para impedir o conhecimento da infração cometida**.*

Os enquadramentos legais se encontram descritos nos campos próprios dos autos de infração.

Cientificada do lançamento em 12/05/2009 (fls. 171), a contribuinte apresentou, em 10/06/2009, a impugnação de fls. 204-258, veiculando as alegações a seguir sintetizadas:

- Suscita a nulidade do auto de infração, ao argumento de que não teriam sido atendidos os seguintes requisitos formais para sua lavratura: 1) ausência do fundamento legal específico da exigência da multa; 2) ausência da descrição exata da disposição legal infringida;

- argumenta que a receita preponderante da empresa é referente a venda de mercadorias, razão pela qual torna-se necessário o refazimento dos cálculos

para se aplicar o percentual de presunção de lucros de 8%, previsto no caput do art. 15 da Lei n.º 9.249, de 1995. Verte argumentação similar, reportando-se à CSLL;

- reclama do cálculo do adicional do IRPJ e elabora os cálculos que entende corretos;

- contesta a multa qualificada aplicada nos lançamentos de IRPJ e CSLL, no percentual de 150%, alegando que o percentual correto, previsto no inciso II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, é 50%;

- contesta a multa aplicada no lançamento do PIS/PASEP, transcrevendo o art. 86 da Lei n.º 7.450, de 1985, e o art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, e raciocina, verbis:

“56. Ora, se a fiscalização menciona vários dispositivos para aplicação da multa, claro que deve ser atribuído ao contribuinte o direito de se beneficiar pelo que determina o Código Tributário Nacional, em seu artigo 106 (...)

57. Como se pode observar, o percentual de multa a ser aplicado, pelo que determinou o próprio auto infracional, deve ser o de 50% (cinquenta por cento), e não de 150% (cento e cinquenta por cento) como fez constar-se do auto.”;

- contesta a multa aplicada no lançamento da COFINS, também argumentando que o percentual correto seria de 50%;

- qualifica de excessivo e confiscatório o percentual de 150% da multa, argumentando que caracteriza um verdadeiro excesso e um desvio de finalidade, que estaria a afrontar diversos dispositivos legais, a cujo respeito discorre;

- também contesta a utilização da taxa SELIC para fins de cômputo dos juros moratórios e arremata que deve ser excluído do cálculo constante da cobrança o excedente a 1% ao mês.

Anexou à impugnação os documentos de fls. 259-327.

Do Acórdão de Impugnação

A 1ª Turma da DRJ/CTA, por meio do Acórdão n.º 06-24.864, julgou a Impugnação Procedente em Parte, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DESCRIÇÃO DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS LEGAIS.

Não se acolhe a alegação de nulidade decorrente de deficiência na descrição dos fatos e dos fundamentos legais, se esta se mostra consentânea e permite o pleno exercício do direito de defesa.

RECEITA OMITIDA. ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. PERCENTUAL DE PRESUNÇÃO DO LUCRO.

No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado, para fins de apuração do lucro presumido.

MULTA FUNDAMENTO LEGAL.

É correta a fundamentação legal da multa na redação da lei que vigia ao tempo da infração.

CÁLCULO DO ADICIONAL DO IRPJ.

Exoneram-se do lançamento os valores calculados a maior, por equívoco.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Aplicam-se aos lançamentos reflexo, no que couber, o que restar decidido com relação ao lançamento matriz.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. A impugnante (fls. 209, item 14) afirma que duas seriam as nulidades que maculariam o lançamento: 1) ausência do fundamento legal específico da exigência da multa; e 2) ausência da descrição exata da disposição legal que teria sido por ela infringida. O primeiro questionamento será apreciado com mais vagar, no exame da multa aplicada. Quanto ao segundo questionamento, registro que o Termo de Verificação Fiscal detalha à exaustão o conjunto de ocorrências, com ênfase para o item “5. INFRAÇÕES APURADAS”, estampado às fls. 150-157, cujos pontos mais relevantes transcrevo, sintetizando:

“Após a análise dos livros e documentos entregues pelo contribuinte e, diante da resposta do contribuinte ao Termo de Intimação 002, juntamente com a análise do Relatório de Análise Financeira elaborado pela Delegacia da Polícia Federal (...) pudemos constatar a prática da omissão de receitas por parte da contribuinte conforme explicitado nas infrações a seguir.

De acordo com os documentos apresentados (...) pudemos constatar que foram omitidas receitas, o que pode ser demonstrado pela seguinte tabela:

(...) A partir desta omissão de receitas apuradas, foram apuradas as infrações correspondentes relativas ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição social sobre o Lucro Líquido, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Integração Social no período compreendido pelo último trimestre de 2005 até o primeiro trimestre de 2007.”

2. Na sequência (fls. 157), a fiscalização esclareceu os critérios adotados no

lançamento de cada exação, tendo, inclusive, transcrito o art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, que instituiu a presunção legal de que depósitos bancários de origem incomprovada caracterizam receitas omitidas.

3. Ora, tendo ficado demonstrado que os depósitos/créditos bancários caracterizam receitas omitidas, componentes da base imponible do IRPJ calculado com base no lucro presumido, não alcanço o que mais precisaria ser dito para que a impugnante entendesse o que estava sendo lançado, e do que poderia se defender.
4. A alegação não procede. A descrição, tanto dos fatos, como dos fundamentos legais discriminados no auto de infração, possibilitam plenamente a produção de defesa.
5. Em sua primeira alegação de mérito, a impugnante aponta incorreção no percentual aplicado na obtenção do lucro presumido. Argumenta que sua receita preponderante se refere a vendas de mercadorias, sujeitas ao percentual de 8%, e que esse deve ser o percentual aplicado. Contudo, trata-se da materialização da hipótese prevista no parágrafo único do art. 528 do RIR/99, verbis:

“Art. 528. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 619 (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 24, § 1º). (Grifei).

6. Como se vê, o comando legal não é que a receita omitida seja adicionada à receita preponderante, e sim àquela de percentual mais elevado, ou seja, 32%, constante de suas DIPJ trazidas à colação. Assim, tendo sido constatada omissão de receitas, e não sendo possível identificar a atividade de que provém, deve ser implementado o comando legal, e **a receita omitida ser adicionada à receita de maior percentual, exatamente da forma como procedeu a fiscalização.**
7. Não é despiciendo observar que a base de cálculo assim obtida se aplica tanto ao IRPJ e adicional respectivo, como à CSLL, por força do disposto no artigo 20 da Lei n.º 9.249, de 26/12/1995, combinado com o artigo 57 da Lei n.º 8.981, de 1995, verbis:

"Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 15, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento.

Parágrafo único. A pessoa jurídica submetida ao lucro presumido poderá, excepcionalmente, em relação ao quarto trimestre-calendário de 2003, optar pelo lucro real, sendo definitiva a tributação pelo lucro presumido relativa aos três primeiros trimestres."

E

"Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei." (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

8. Improcedente, portanto, o inconformismo da impugnante contra a utilização do percentual de 32% para a obtenção tanto do IRPJ e adicional, como da CSLL.
9. A impugnante também exterioriza inconformismo quanto ao cálculo do adicional do IRPJ, alegando – com razão - que a alíquota teria incidido sobre toda a receita omitida, e não apenas sobre a parcela do lucro presumido excedente a R\$ 60.000,00.
10. A consulta ao auto de infração do IRPJ (fls. 165, 167 e 168) revela que a fiscalização informou como "valor já declarado" o valor da receita que constou da DIPJ original, e não o valor do lucro presumido respectivo. Assim, tendo em vista que o valor da receita superava o piso de R\$ 60.000,00, pressupõe que o limite trimestral já fora suplantado, razão pela qual calculou o adicional sobre todo o lucro presumido relativo à receita omitida. O único trimestre em que o cálculo está correto é o quarto trimestre de 2007, no qual o lucro presumido da contribuinte, incluído ganho de capital obtido no período, já superara o limite, e no qual a contribuinte já recolhera adicional, como se vê às fls. 207-208.
11. Em virtude desse equívoco, devem ser exonerados do valor lançado a título de adicional ao IRPJ as seguintes importâncias, por trimestre:

4º Trimestre / 2005	1º Trimestre / 2006	2º Trimestre / 2006	3º Trimestre / 2006	1º Trimestre / 2007
3.614,48	3.385,70	2.852,56	2.722,08	2.233,99

12. Reportando-se às multas, a contribuinte, reproduzindo os dispositivos informados no campo do Enquadramento Legal da multa de cada auto de infração, argumenta que teria havido equívocos, conforme legislação que transcreve. Alega que consta do auto de infração (fls. 169) que o embasamento da multa relativa aos fatos geradores do período de 01/01/1997 a 21/01/2007 é o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, que transcreve às fls. 222, e conclui que o lançamento se equivocou e que o percentual correto seria de 50%, e não de 150%.
13. Com respeito a esse argumento, cumpre registrar que no período acima referido a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, no que aqui interessa, era a seguinte:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I -de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Grifei).

14. Em 22 de janeiro de 2007, a o art. 14 da Medida Provisória nº 351, alterou a redação daquele artigo:

Art.14.O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

I- de 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;

II- de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a)na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b)na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

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

15. Como se vê, a norma relativa ao percentual qualificado da multa, antes inculpada no inciso II do art. 44, passou a compor o seu primeiro parágrafo, combinado com o inciso I. Esse o motivo do esclarecimento espelhado no campo “Enquadramento Legal” dos autos de infração.

16. O raciocínio da impugnante não leva em consideração essa alteração na estrutura da Lei nº 9.430, de 1996. A impugnante pretende aplicar para aquele período uma redação que somente foi instituída posteriormente. Incorre, portanto, em erro evidente, o que dispensa maiores lucubrações.

17. Na penúltima parte da impugnação, a contribuinte se insurge contra o percentual da multa imposta (150%), argumentando que caracteriza excesso, um desvio de finalidade, e que viola a Constituição federal e os princípios jurídicos e legais. Menciona os seguintes princípios: a) da legalidade; b) da autoridade da lei; c) da isonomia; d) da graduação da pena conforme a intensidade da lesão; e) da retroatividade da lei mais benigna; f) in dubio pro reo; g) capacidade contributiva. Adiciona que a multa apresenta evidente efeito confiscatório.

18. Como se constata, subjacente a todos esses argumentos se encontra o reconhecimento de que esse percentual se encontra previsto em lei vigente. Assim, a alegação não se volta contra suposta ilegalidade do lançamento, ou seja, algum descompasso entre este e a legislação de regência. Pelo contrário, a alegação admite a conformidade entre o lançamento e a lei. Assim, o questionamento se volta não contra o lançamento, e sim contra a própria lei. Em outras palavras, o que se pleiteia é o afastamento da norma legal, porque esta afrontaria os princípios indicados.
19. Ora, como é cediço, este Colegiado é um instrumento de controle da legalidade do lançamento. Incumbe-lhe aferir o grau de harmonia entre o lançamento e a legislação. Não compõe a estrutura do Poder Judiciário e por isso carece do poder de eventualmente negar eficácia a dispositivos legais vigentes.
20. Por tal razão, deverá a contribuinte, persistindo na convicção das teses que advoga, remediar-se em face do Poder Judiciário. A esta DRJ incumbe apenas declarar que a penalidade lançada se encontra prevista na legislação e se mostra pertinente aos fatos ocorridos. Ademais, trata-se de matéria objeto da Súmula n.º 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual CARF), verbis:

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

21. As mesmas conclusões se aplicam com relação ao inconformismo exteriorizado pela impugnante contra a exigência de juros moratórios com base na taxa SELIC, que igualmente se encontra prevista em lei vigente, e que também é objeto da 4ª Súmula do mesmo Conselho, verbis:

“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.”

22. Em face de todo o exposto, voto por excluir, do IRPJ lançado, a importância de R\$ 14.808,81, já demonstrada, esclarecendo que o que se decidir com relação ao lançamento matriz se aplica, no que couber, aos lançamentos reflexos.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Das Preliminares

A Recorrente alega o cerceamento ao exercício do direito a ampla defesa devido à ausência de prova pericial, *in verbis*:

Desde a Impugnação apresentada a RECORRENTE requereu o que segue:

Para confirmar os fatos e as razões de direito deduzidos representante Impugnação, e com vistas às normas processuais administrativas da União, no preceito que prescreve que "... o sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que possuir..." (artigo 16, III, do Decreto no. 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação do artigo lo. da Lei n. 8.748/93), bem como para elucidar as tese suscitadas, o impugnante requer a juntada de documentos."

"Em observância aos princípios do informalismo e da verdade material, que norteiam o procedimento administrativo fiscal, a impugnante requer expressamente o respeito ao seu direito de apresentar oportunamente outros elementos que ensejam a descaracterização da imputação, caso assim entendam necessários os preclaros julgadores."

Não obstante, o v. Acórdão proferido entendeu por sequer se manifestar sobre a pretensão da ora RECORRENTE.

Contudo Eméritos Julgadores, em tendo o Sr. Auditor, para efeitos de apuração do crédito tributário, se baseado na movimentação bancária da RECORRENTE, é certo que a realização da competente perícia técnica se impõe, sob pena de se estar a praticar manifesto cerceamento de defesa, levando à nulidade da decisão a quo.

No caso em tela, por tratar a omissão de receitas de matéria de fato era imprescindível a dilação probatória, não podendo a DRJ negar o requerimento de produção de novas provas e passar direto ao julgamento do feito, razão por que a decisão a quo proferida em preterimento da dilação probatória - sendo a mesma necessária j solução do litígio relativo à omissão de receita - deve ser declarada nula por este Egrégio Colegiado.

Atente-se para o fato que o cerceamento de defesa é rechaçado pela jurisprudência pátria, principalmente em casos em que o fisco alega suposta omissão de receitas, devendo ser permitida produção de prova pericial justamente para elidir a presunção relativa de certeza e liquidez de que goza a certidão de dívida ativa. Neste sentido confirmam-se as seguintes decisões:

[...]

Reitera-se que, no caso em tela, é imprescindível se buscar a origem das receitas, e isto é possível, mais ainda, imaginava a Recorrente ser do conhecimento da fiscalização, de vez que existem outros fatos, da conhecimento da Receita Federal do Brasil que apontam para este entendimento.

Não obstante, tendo a DRJ se manifestado sem analisar com profundidade os argumentos do contribuinte, indeferindo a alegação do mesmo de que se tratava de comercialização, especificamente quando diz "Ocorre que a atividade desenvolvida pela empresa não se enquadra neste conceito, isto é, prestação de serviços." em sua impugnação, violou a decisão recorrida o artigo 5º, LV da Constituição Federal, caracterizando-se em cerceamento de defesa, razão por que deve ser declarada nula, para que seja oportunizado à RECORRENTE a produção de prova pericial, devendo, então outra decisão ser proferida.

Verifica-se de forma manifesta que nenhuma das preliminares suscitadas pela recorrente configuram-se como nulidades, pois não se constata no presente caso atos e termos foram lavrados por pessoa incompetente ou; despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Logo não se vislumbra as hipóteses presentes nos artigos 59 a 61 do Decreto 70.235/1972.

Ante o exposto, rejeita-se as alegações preliminares trazidas pela recorrente.

Do Mérito

A Recorrente alega que a receita omitida é originária da comercialização, *in verbis*:

A Recorrente já alegou em sua defesa, e entendia desnecessário maiores divagações acerca do tema, pois imaginava de conhecimento da Receita Federal do Brasil, a origem dos recursos objeto do processo ora recorrido.

O órgão da administração tem conhecimento que a origem desta autuação é uma operação levada a cabo pela Polícia Federal, que coletou documentos na empresa, além de outras fontes, e, para ilustrar as alegações, mencionamos apenas um dos processos que tramitam contra o contribuinte.

Trata-se do processo 10920.001418/2007-91, que versa sobre o perdimento de bens, como segue informação abaixo, retirada do sítio da Receita Federal do Brasil:

Dados do Processo

Número: 10920.001418/2007-91

Data de Protocolo: 20/04/2007

Documento de Origem: TERMOLACRACAO

Procedência: SAANA DRF JOI

Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO C/ PERDIMENTO DE MERCADORIAS-IMP E EXP

Nome do Interessado: DADO PNEUS LTDA

CNPJ: 04.264.360/0001-51

Localização Atual

Órgão Origem: SEC PROGRAM E LOG-DRF JOINVILLE-SC

Órgão Destino: ARQUIVO DEL REC FED EM JOINVILLE-SC

Movimentado em: 29/06/2009

Sequencia: 0003

RM: 10159

Situação: EM ANDAMENTO.

UF: SC

Este mesmo processo acabou por originar uma discussão judicial, travada sob o n.º. 2008.72.01.000918-2, que tramita pela Justiça Federal, e que traz em seu bojo informações de conhecimento do órgão, ou seja, alegações da própria administração.

Compilamos abaixo, a sentença de primeiro Grau, como segue MANDADO DE SEGURANÇA N.º. 2008.72.01.000918-2/SC

IMPETRANTE: DADO PNEUS LTDA

ADVOGADO: TATIANA GRECHI

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM JOINVILLE

SENTENÇA

Relatório

Dado Pneus Ltda. impetra o presente mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em Joinville, que aplicou pena de perdimento às mercadorias apreendidas no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº 10920-001.854/2007-60, em face da ausência de comprovação da Importação de forma regular.

A impetrante sustenta a inaplicabilidade da pena de perdimento, visto que adquiriu as mercadorias importadas de boa-fé das Importadoras Ribor Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. e EBRP - Empresa Brasileira de Recidagens de Pneus Ltda.

Requer a concessão da segurança, liminarmente, para garantir a imediata liberação das mercadorias apreendidas no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº. 10920-001.854/2007-60.

O pedido liminar foi indeferido na decisão de fl. 84.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações a fls. 89/97, referindo que em 11/05/2007 foi recebida comunicação de que foi apreendida grande quantidade de pneus de caminhão usados, de origem estrangeira, tendo sido constatado não haver documentação comprobatória da origem da mercadoria; segundo a Polícia Militar, compareceu ao local o Sr. Almir Luiz P. Boiko, pretendendo justificar a carga com um bloco de notas em branco da Vitória Remoldagem Importação e Exportação de Pneus Ltda.; segundo o parecer técnico conclusivo, a impetrante apresentou impugnação tempestiva alegando que estava impossibilitada de comprovar a origem das mercadorias, pois os documentos da empresa foram apreendidos pela Polícia Federal e remetidas à Receita Federal do Brasil e que as mercadorias foram adquiridas das empresas Ribor e EBPR. Aduz que: a) em 11/05/2007, quando da apreensão de pneus pela Polícia Civil, não foi comprovada a existência da documentação comprobatória da origem dos pneus usados apreendidos, de origem

estrangeira; b) em sua impugnação a impetrante alegou que tais documentos foram apreendidos pela Polícia Federal e remetidos à Receita Federal do Brasil, contudo dentre os documentos recebidos por esta não constava qualquer documento relativo à aquisição das mercadorias; c) as mercadorias foram apreendidas em maio de 2007 e apenas em março de 2008 foram apresentadas notas fiscais que poderiam comprovar a regular aquisição das mercadorias; d) não é possível verificar, no curto prazo para prestar informações, a idoneidade das notas apresentadas, sendo necessário para tal a realização de diligências, como análise contábil e da situação de cada empresa vendedora, sendo a produção de provas incompatível com a via processual do mandado de segurança; e) as notas fiscais juntadas sequer discriminam a marca dos pneus, dificultando o confronto das mercadorias constantes das notas com as apreendidas; f) a impetrante não refere a quais notas se referem os pneus apreendidos; g) a impetrante não apresentou notas fiscais durante o procedimento administrativo, não havendo ilegalidade ou abuso no ato coator.

O Ministério Público Federal não se manifestou sobre o mérito da causa, alegando que a espécie não exige intervenção do Ministério Público como fiscal da lei (fls. 99/101).

É o relatório.


Decido.

Fundamentação

No caso dos autos, não tendo sido trazidos elementos que afastassem a legalidade do ato impugnado, é de ser mantido o entendimento esposado por ocasião da decisão liminar, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, *in verbis*:

"Com efeito, os documentos juntados aos autos não são capazes de afastar a presunção de veracidade e legitimidade da decisão proferida pela autoridade impetrada, visto que não é possível constatar de plano a boa-fé da impetrante na aquisição das mercadorias apreendidas, ainda mais, considerando que a mercadoria apreendida, pneus usados, tem a importação vedada pela legislação brasileira.

Neste sentido, cabe referir:



IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS PARA SEREM UTILIZADOS COMO MATÉRIA-PRIMA DE REMOLDAGEM.

A Administração tem o poder-dever de fiscalizar o comércio exterior, analisando a regularidade e disciplinando as importações realizadas no território nacional. É proibida a importação de pneus usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima.

A Portaria DECEX n.º. 8/91, cuja legalidade foi reconhecida nesta Corte por meio da Súmula n.º. 19, já vedava a importação de bens de consumo usados.

Em função do acordo firmado entre os países do MERCOSUL, a Portaria SECEX n.º. 02, de 8 de março de 2002, passou a autorizar a importação de pneus remoldados no âmbito desse mercado comum. A nova regra não autorizou a importação de pneus usados para serem utilizados como matéria-prima. O administrador foi enfático ao excluir essa hipótese nas Portarias SECEX 17/2003 e 14/2004 que se seguiram.

Não cabe ao julgador aumentar o âmbito de incidência da Portaria SECEX n.º. 02/2002, pois estaria atuando como se administrador fosse, dando diferente contorno à norma executiva. Isso acabaria por interferir na discricionariedade do Poder Executivo.

A Resolução CONAMA N.º. 258/99 aplica-se a pneus novos, importados ou fabricados em território nacional, e a pneus importados reformados. Resta clara a inaplicabilidade da regra aos casos de importação de pneus usados para remoldagem em solo nacional. (APELAÇÃO CÍVEL N.º. 2004.70.01.010625-6/PR - DJU: 10/05/06 - RELATOR Des. Federal VILSON DARÓS)"

Por fim, observo que não foi apresentada na fase administrativa qualquer documentação relativa à aquisição da mercadoria apreendida (conforme termo conclusivo n.º. 068/2007 - fl. 31) e tampouco esclarecimentos pelo proprietário da impetrante, que invocou o direito constitucional do silêncio."

Consigno, ainda, que não é possível concluir que as notas fiscais apresentadas por ocasião da impetração se referem aos pneus apreendidos.

Impõe-se, assim, a denegação da ordem.

Dispositivo

Pelo exposto, denego a segurança, havendo resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Publique-se, registre-se, intimem-se e comunique-se à autoridade impetrada.

Joinville, 17 de setembro de 2008.

GIOVANA GUIMARÃES CORTEZ

Juíza Federal Substituta na Titularidade Plena

Negritamos a manifestação da Delegacia da receita Federal em Joinville, para que se observe que, era do conhecimento do órgão a atividade exercida pela Recorrente, e que, tal atividade objeto da fiscalização que culminou com o auto de infração, também era do conhecimento da Delegacia da Receita Federal do Brasil, donde se conclui que, deveria a autoridade fiscalizadora, dar enquadramento correto às receitas que originaram o crédito tributário.

A Delegacia de Julgamento, se não tinha informações suficientes (deveria), deveria reportar-se à delegacia da Receita Federal responsável pelo contribuinte, e, assegurar-se das alegações do contribuinte, buscando dar o enquadramento correto, e então a aplicação da legislação correta.

Diante das considerações que se colocam, à toda evidência descabido o enquadramento do Auto de Infração que deu origem ao presente Recurso Voluntário, posto que o mesmo enquadra equivocadamente a atividade exercida pelo contribuinte, pior ainda, diz desconhecer-la, ou, como menciona o próprio acórdão recorrido "não sendo possível identificar a atividade de que provém", o que implica em afirmar que não poderia a Autoridade Fiscal alegar desconhecimento das atividades da empresa, de modo que o Auto lavrado encontra-se viciado.

Diante destas considerações, outro não pode ser o entendimento deste E. Conselho senão o de conhecer da presente preliminar, por se tratar de matéria de ordem pública, dando provimento ao presente - Recurso- para declarar nulo de -pleno direito o Auto de Infração que deu origem ao presente - Recurso

A Recorrente argumenta que sua receita preponderante se refere a vendas de mercadorias, sujeitas ao percentual de 8%, e que esse deve ser o percentual aplicado. Contudo, trata-se da materialização da hipótese prevista no parágrafo único do art. 528 do RIR/99, verbis:

“Art. 528. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 619 (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, **esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado** (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 24, § 1º).

Observa-se que o comando legal não é que a receita omitida seja adicionada à receita preponderante, e sim àquela de percentual mais elevado, ou seja, 32%, constante de suas DIPJ trazidas à colação. Assim, tendo sido constatada omissão de receitas, e não sendo possível identificar a atividade de que provém, deve ser implementado o comando legal, e a receita omitida ser adicionada à receita de maior percentual, exatamente da forma como procedeu a fiscalização.

Portanto não assiste razão à recorrente em suas razões, pois no caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado, para fins de apuração do lucro presumido.

Das Multas

O Recorrente alega que o percentual de multa a ser aplicado para os lançamentos do Imposto de Renda e Contribuições deveria ser de 50% (cinquenta por cento), e não de 150% (cento e cinquenta por cento) como fez constar-se no auto de infração, in verbis:

O auto infracional em seu "DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA", "MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO", fez constar como dispositivos para justificar a multa aplicada de 150% (cento e cinquenta por cento), os seguintes itens:

Fatos geradores entre 01/01/1997 e 21/01/2007

150,00 % Art. 44, inciso II da Lei nº. 9.430/96

Fatos Geradores entre 30/06/2006 e 30/06/2006

150,00 % Art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº. 9.430/96 com a redação dada pelo art. 18 da Medida Provisória nº. 303/06

Fatos Geradores entre 22/01/2007 e 14/06/2007

150,00 % Art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº. 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Medida Provisória nº. 351/07

Compilamos abaixo o dispositivo que se aplica ao período autuado, qual seja, o compreendido entre os dias 01/01/1997 e 21/01/2007:

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

...

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Como se pode observar, o percentual de multa a ser aplicado, pelo que determinou o próprio auto infracional, deve ser o de 50% (cinquenta por cento), e não de 150% (cento e cinquenta por cento) como fez constar-se no auto.

Assim, necessário que sejam refeitos os cálculos do auto de infração ora atacado, reduzindo-se a multa, analisando-se apenas este tópico, para 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido.

Em síntese, o recorrente reproduz os dispositivos informados no campo do Enquadramento Legal da multa de cada auto de infração, argumenta que teria havido equívocos, conforme legislação que transcreve. Alega que consta do auto de infração que o embasamento da multa relativa aos fatos geradores do período de 01/01/1997 a 21/01/2007 é o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, e conclui que o lançamento se equivocou e que o percentual correto seria de 50%, e não de 150%.

Observa-se que o recorrente pretende aplicar para aquele período uma redação que foi instituída posteriormente, incorrendo em evidente erro, como bem esclareceu a decisão de 1ª Instância, in verbis:

Com respeito a esse argumento, cumpre registrar que no período acima referido a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, no que aqui interessa, era a seguinte:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I -de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Grifei).

Em 22 de janeiro de 2007, a o art. 14 da Medida Provisória nº 351, alterou a redação daquele artigo:

Art.14.O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

I- de 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;

II- de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a)na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b)na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§1ºO percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.” (Grifei).

Como se vê, a norma relativa ao percentual qualificado da multa, antes insculpida no inciso II do art. 44, passou a compor o seu primeiro parágrafo, combinado com o inciso I. Esse o motivo do esclarecimento espelhado no campo “Enquadramento Legal” dos autos de infração.

O raciocínio da impugnante não leva em consideração essa alteração na estrutura da Lei nº 9.430, de 1996. A impugnante pretende aplicar para aquele período uma redação que somente foi instituída posteriormente. Incorre, portanto, em erro evidente, o que dispensa maiores lucubrações.

Da alegação de efeito confiscatório da Multa Aplicada

A recorrente insurge-se ainda contra o percentual da multa, que em seu entendimento caracteriza “um verdadeiro excesso, um desvio de finalidade, violando a nossa Constituição Federal e os princípios jurídicos e legais que devem reger tais procedimentos”. Em sua defesa alega os seguintes princípios: da legalidade, da autoridade da lei, da isonomia, da graduação da pena, da retroatividade da lei mais benigna, in dubio pro réu, o óbice constitucional do efeito confiscatório da multa aplicada e o princípio da capacidade contributiva, in verbis:

6.4.

DO EVIDENTE EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA

Rub. 816

O limite quantitativo diz respeito ao quantum da multa fiscal.

O óbice constitucional quantitativo encontra-se consubstanciado na figura do confisco explicitado pelo seguinte artigo, inciso IV:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;"

Originada do latim *confiscatio*, sinônimo de *confiscação*, a palavra *confisco* é definida por Pedro Nunes como "apreensão e adjudicação ao fisco, de bens do patrimônio próprio de alguém, por certa violação da lei e como pena principal ou acessória".⁴

A figura do confisco foi, com algumas exceções (casos de guerra, calamidade pública ou urgente necessidade nacional), sempre rejeitada, por falta de sustentação jurídica ou fática, a ponto de se ter constituído, em quase todos os sistemas jurídicos das nações civilizadas, em figura interdita, como o é no Brasil.

O grande problema, contudo, está em determinar numericamente a figura. Significa dizer que **as multas, é certo, não poderão chegar ao confisco**, entretanto, a determinação do seu montante, em atenção a este postulado, é muito difícil.⁵

Na busca de um parâmetro ou termo delimitador deparamo-nos com algumas fórmulas desenvolvidas por autores pátrios, como Sacha Calmon Navarro Coelho que afirmando constituir **"confisco indireto" a multa que "agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte"**, propõe:

"Do ponto de vista jurídico-positivo duas fórmulas existem para o evitamento de multas escorchantes. A fórmula legislativa, mediante a qual através de uma **norma geral de potestade** a competência dos legisladores, ordinários para estatuir multas tributárias restaria **restringida quantitativamente** e a fórmula jurisprudencial mercê da qual, os juízes através da fixação de **standards** - súmulas no caso brasileiro - constituiriam os princípios de restrição norteadores da ação do legislador na espécie. A República Argentina decidiu-se pela forma jurisprudencial. Entre eles, multa tributária que ultrapasse um determinado percentual em relação ao valor do **tributo** ao qual se liga **já é confisco**". (Grifos do autor).

Parece-nos que a pena pecuniária deve ser sempre estabelecida em função de um proveito que se presume tenha o infrator obtido com a prática da infração.

Se a penalidade vai além de qualquer limite razoável daquilo que se poderia admitir como proveito obtido com o cometimento do ilícito, tem-se configurado o confisco, sendo o intocável a proteção constitucional.

Assim com toda clara evidência conclui-se que o princípio do não-confisco significa, em última análise, que a tributação não pode ser tanta que absorva a coisa ou a renda, porque isso significa absorver a própria fonte da tributação.

Na repartição da renda, o estado não pode ficar com parcela superior àquela que restará com o produtor da renda ou titular do bem. A tributação sobre o patrimônio e sobre a renda será confiscatória na medida em que o Estado fique com parcela superior àquela que tocará ao produtor da renda ou ao titular do patrimônio, já considerada a dedução correspondente à preservação do mínimo necessário, garantido pela Constituição, à manutenção do capital e à produção de outros capitais.

Examinando a Constituição, vamos verificar que o Estado só nos oferece em termos de saúde, em termos de educação, parcela inferior a metade das nossas necessidades. Exemplificativamente, o Estado só é responsável pela educação, pelo ensino fundamental; o restante é atribuído à responsabilidade do particular. O mesmo se dá em relação à saúde. Isto para não falar na segurança (basta considerar a proliferação de empresas de vigilância, pela incapacidade do Estado de proporcionar segurança ao cidadão).

Em suma, quaisquer que sejam as áreas em que atue, o estado não proporciona à sociedade nem a metade das suas necessidades. Conseqüentemente, não poderá o Estado ser "sócio" do cidadão contribuinte em percentual superior a essa metade.

— Qualquer tributo ou mesmo acessórios que implique na subtração de parcela igual ou maior que aquela que restará em mãos do produtor da renda ou titular da propriedade, será confiscatório.

Portanto, defende-se que a ocorrência do "efeito de confisco" ocorre no caso da parcela real vier a ficar com o estado, seja superior àquela que restará em poder do produtor da renda.

Segundo a posição de **Sacha Calmon Navarro Coelho** (Revista de Direito Tributário, n.º 48, pág. 76), pode ser caracterizado como **confisco tributário** como segue:

"O confisco tributário significa essa absorção tributária do patrimônio ou renda".

Então ao apreciar o caso em questão, é possível observar que a **exigibilidade da multa, no percentual de 75% do tributo exigido, e que somada aos outros 75% cobrados em auto de infração concomitante resultam em 150%, somente pode ser tratada como meio de confisco**, isto porque estaria sendo atingido diretamente o patrimônio do contribuinte, e automaticamente a sua renda.

Ao ser aplicada tal sanção, estaria a empresa reduzindo consideravelmente o seu patrimônio, inviabilizando a sua atividade, o que poderia levar à impossibilidade de honrar, até mesmo o pagamento da folha de salários.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em diversos julgamentos se posicionou favoravelmente a redução da multa, quando a mesma for aplicada com efeito confiscatório, isto é, atingindo o patrimônio, renda ou diretamente a atividade da empresa, como está evidente na presente demanda.

[...]

Veja-se que o STJ, embora não tenha decidido sobre a multa de 75%, adotou um parâmetro de 20% para considerar como não confiscatória a multa por infração fiscal.

Logo, como a impugnante cumpriu com todas as suas obrigações acessórias, bem como com sua obrigação principal, e como a multa aplicada ao caso presente reveste-se de caráter confiscatório, além de violar outras garantias da impugnante, deve ser cancelada, ou reduzida.

Entende-se que não devem ser conhecidas as alegações de inconstitucionalidade da lei tributária de instituição da multa, quanto aos princípios da legalidade, da autoridade da lei, da isonomia, da graduação da pena, da retroatividade da lei mais benigna, in dubio pro réu, o óbice constitucional do efeito confiscatório da multa aplicada e o princípio da capacidade contributiva, pois não cabe ao CARF pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos da Súmula CARF nº 2, a seguir transcrita:

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

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de não conhecer das matérias sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias