



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

Processo nº 11007.001077/2006-57
Recurso nº 163.327 Voluntário
Acórdão nº 1802-00.559 – 2ª Turma Especial
Sessão de 06 de julho de 2010
Matéria IRPJ
Recorrente I C & DIAS
Recorrida 1ª Turma/DRJ/Santa Maria/RS

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano calendário: 2003, 2004

Ementa: NULIDADE PROCESSUAL - Não se constatando vícios de ilegalidade ou qualquer ofensa às regras processuais estabelecidas a condução do processo a prejudicar a defesa do contribuinte, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

LUCRO ARBITRADO - NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À APURAÇÃO DO LUCRO REAL - A não apresentação dos livros e da documentação contábil e fiscal, e, informada a inexistência de escrituração, impossibilita ao fisco a apuração do lucro real, restando como única alternativa o arbitramento da base tributável.

MULTA DE OFÍCIO – QUALIFICADA - A prática sistemática da omissão de receitas, adotada durante os anos consecutivos (2003 e 2004) forma o elemento subjetivo da conduta dolosa e enseja a aplicação da multa qualificada pela ocorrência de fraude, prevista na Lei nº 4.502/64, ou seja, a intenção de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, o que torna aplicável a multa de 150%.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA - Afasta-se o agravamento da multa de ofício quando em atendimento a intimação feita ao responsável indicado pelo sócio da pessoa jurídica informa não possuir escrituração.

JUROS SELIC – MATÉRIA SUMULADA

Súmula CARF Nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

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

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Constatado nos autos um conjunto probatório que milita em prol da conclusão de que o recorrente atuou como administrador de fato, a responsabilidade solidária é decorrência inarredável dos fatos subsumidos à legislação tributária aplicável.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – CSLL, PIS e COFINS – Não existindo contestação específica, a decisão do IRPJ, tributo principal, a estas contribuições se estendem, em face do seu nexo de causa e efeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa de 225% para 150% nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Ester Marques Lins de Sousa – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 05 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente da Turma), José De Oliveira Ferraz Corrêa, Gilberto Baptista (Suplente Convocado), Nelso Kichel, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e João Francisco Bianco (Vice Presidente da Turma).

Relatório

Por economia processual e bem detalhar os fatos adoto o Relatório da decisão recorrida (fl.882/883)que transcrevo a seguir:

Trata o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição para o PIS/PASEP, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, referentes a fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro de 2003 e dezembro de 2004, conforme Autos de Infração e Anexos de fls. 008-049 e Relatório de Atividade Fiscal de fls. 052-064

Também foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária MOO12/2006, de fls. 071, que identifica Ildo Cruz Dias, CPF nº 425.938.240-34, como Responsável Solidário, de acordo com os arts. 124, I, e 135, II e III, da Lei nº 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN). Consta no relatório fiscal, que Ildo Cruz Dias possuía interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal.

O crédito tributário apurado decorre do arbitramento do lucro, pois o contribuinte não apresentou à fiscalização a sua escrituração contábil/fiscal e nem o livro caixa.

Também foram apuradas omissões de receita. Está nos autos que a Fiscalizada não declarou qualquer receita em DIPJ, mas emitiu diversas notas fiscais durante esses anos-calendário, como também assinou contratos, recibos e recebeu pagamentos.

Os valores lançados foram os seguintes:

IRPJ - R\$ 82.129,26 – Enquadramento legal arts 532 e 537 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99).

Contribuição para o PIS – R\$ 5.661,57 - Enquadramento Legal arts 1º e 3º, da Lei Complementar 07, de 1970; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, art. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002.

COFINS- R\$ 26.130,97 – Enquadramento Legal arts. 2º, II e Parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002.

CSLL- R\$ 27.361,47 – Enquadramento Legal art. 2º e §§, da Lei nº 7.689, de 1988, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002; art. 22 da Lei nº 10.684, de 2003 e art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002.

Os valores acima estão acrescidos da multa de ofício com o percentual de 225%. Enquadramento legal art. 44, inciso II e §

2º, da Lei nº 9.430, de 1996; art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450, de 1985; art. 2º da Lei nº 7.683, de 1988; art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 1991.

De acordo com o Relatório de Atividade Fiscal, a multa foi agravada porque a Fiscalizada não atendeu as intimações realizadas, sem apresentar qualquer justificativa cabível. Além disso, ocorreu a aplicação da multa qualificada porque ficou evidenciado nos autos que a impugnante “tentou de todas as formas impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com ações e omissões dolosas”.

Também foram lançados juros de mora com base no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

A autuada, tempestivamente (despacho de fl. 617), por meio de seu advogado (procuração à fl. 599), impugnou os lançamentos (fls. 572-598) e juntou os documentos de fls. 600-603, alegando, em síntese, sob os seguintes títulos, o seguinte:

Preliminar – nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa – ampla defesa e o contraditório.

A defesa alega que a autuada em decorrência de intimação para apresentar esclarecimentos, juntou declaração de seu contador informando que não existia escrituração contábil da empresa nos anos de 2003 e 2004 pelo fato da empresa estar desobrigada em função de ser optante pelo lucro presumido. Assim, não foi oportunizada a juntada de documentação comprovando a movimentação financeira. Tal fato ocasiona a nulidade do presente processo administrativo fiscal.

A fase fiscal apuratória deixou de ser sumária, sem a defesa do investigado, para ser a primeira etapa do processo administrativo fiscal, estabelecendo-se o contraditório e a regra *due process of law* nesta etapa.

Diz, também, que somente após a utilização da ampla defesa, na etapa inicial, com a produção de provas ou fatos novos, terá esgotada a matéria para a fase seguinte.

A defesa, no item 14.g, assim argúi. “Por outro lado, todos os meios de prova, notadamente periciais, podem e devem ser produzidos com vistas ao julgamento da irresignação. A fase processual adequada é justamente aquela anterior ao julgamento inicial e ao eventual recurso voluntário para os Conselhos de Contribuintes. Portanto, não há e não pode haver qualquer subtração do contraditório e da ampla defesa”.

Em apoio aos argumentos apresentados, estão citados entendimentos da doutrina e decisões do Poder Judiciário que tratam desse assunto.

Preliminar – nulidade do lançamento baseado em extratos bancários. Diz a defesa que depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda ou de rendimentos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é

admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato gerador de rendas.

Acrésceta que o autuante não efetivou nenhum rastreamento dos cheques relacionados aos débitos e créditos nas contas correntes da impugnante.

Registra que descabe o lançamento de imposto com base em presunções, ilações conjecturas, suposições, hipóteses e deduções que não sejam autorizadas por lei. Estão citados os arts. 3º, 97 e 142 do CTN, para consignar a existência do princípio da reserva legal no Direito Tributário Brasileiro.

Ao final, alega que o débito, que o fisco entende existir em decorrência da presunção de omissão de receitas sem autorização legal, deve ser cancelado.

Neste título, também, em apoio aos argumentos apresentados, estão citadas decisões administrativas e do Poder Judiciário que tratam desse assunto.

Preliminar – sujeição passiva e responsabilidade solidária O autuante tentou criar uma figura alternativa para o lançamento, conhecido como sujeição passiva e responsabilidade tributária, classificada como sujeição passiva solidária em nome de Ildo Cruz Dias, que prestou serviços a empresa impugnante na contratação com seus clientes, mas que nunca figurou nos quadros sociais da autuada, não foi administrador e não exerceu atos de gestão.

Teme que por essa responsabilização tenha que responder por “direito regresso”.

A responsabilidade tributária é diferente de sujeição passiva tributária, por isso, o Senhor Ildo não pode ser responsável tributário da autuada, sem que estejam preenchidas as condições da configuração constitucional

Ao final, alega que faltam elementos que comprovem a participação efetiva do Senhor Ildo na empresa fiscalizada, para classificá-lo como responsável tributário.

Preliminar – Multa confiscatória Apenas para argumentar, se fosse admitida a responsabilidade tributária da impugnante, ainda assim, a multa é confiscatória porque atinge montante em percentual que chega a atingir 20% em um único fato.

O procedimento administrativo violenta o art. 37, caput, da CF/88, por ferir o princípio da impessoalidade do ato administrativo fiscal e da legalidade.

Illegalidade da utilização da taxa SELIC para cobrança dos créditos tributários A interpretação do § 1º do art. 161 do CTN, à luz do disposto no art. 146 da CF/88, é que a estipulação de juro diverso daquele de um por cento (1%), só pode ser instituída mediante lei complementar.

O índice SELIC foi criado para remunerar capital investido na compra de títulos da dívida pública, não foi instituído por lei e não serve para corrigir créditos tributários. Em apoio aos argumentos apresentados, estão citadas decisões do Poder Judiciário.

Ao final deste título, a defesa entende que a taxa SELIC deve ser afastada na cobrança de créditos tributários, aplicando-se, somente, 1% de juros ao mês

O Pedido *Ao final da impugnação requer:*

a decretação da nulidade de todo o processo "ab initio" em razão das preliminares argüidas, posto que não pode ter seus direitos de defesa e outros ignorados pela Receita Federal,

vencidas as preliminares, requer a impugnação total dos lançamentos porque foram efetuados com base exclusivamente em movimentação financeira;

subsidiariamente, requer a desconstituição dos autos de infração na sua totalidade, que devem ser declarados insubsistentes

Também foi apresentada, por meio de seu advogado (procuração à fl. 614), a reclamação (fls. 604-613) contra a imputação de responsabilidade solidária de Ildo Cruz Dias. Em síntese, foram apresentados os seguintes argumentos:

Preliminar – Nulidade da responsabilização por cerceamento de defesa *O contribuinte foi intimado para tomar conhecimento da imputação de solidariedade passiva, sem ao menos, durante todo o procedimento fiscal, ser intimado a prestar esclarecimento ou depoimento, a respeito das imputações que lhe foram feitas. Nos recibos das intimações (AR - correio), vê-se que foram recibos por pessoa estranha ao contribuinte.*

A Constituição, em seu art. 5º, LV, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes. Está descrito entendimento da doutrina sobre essa matéria.

O corolário desses entendimentos é que o contribuinte deve ser intimado a prestar esclarecimentos e juntar suas provas a fim de esclarecer os fatos que lhe são imputados.

O autuante, sem provar suas alegações, atribui responsabilidade ao "impugnante", que não pertence ao quadro social da empresa autuada.

Após a realização dos contratos principais, não prestou mais serviços para a empresa. Os cheques preenchidos e que foram depositados em suas contas, justifica-se em razão do trabalho prestado, tal qual consta na declaração anexa.

Enfim, não foi outorgado ao contribuinte a oportunidade de se manifestar nos autos a respeito da imputação de solidariedade, ferindo o princípio da ampla defesa e do contraditório, devendo, então, ser anulado o auto de lançamento no que diz respeito à imputação de sujeição passiva

Mérito a) Inexistência de sujeição passiva solidária. Ausência de interesse na constituição do fato gerador Depois de citar ensinamentos de Hugo de Brito Machado e analisar o art. 43 do CTN, diz que o art. 124 do mesmo Código atribui como responsável solidário a pessoa que tenha interesse comum na constituição do fato gerador, ou seja, pessoa que adquira disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Neste processo não está comprovado que o contribuinte tenha se beneficiado de alguma forma dos fatos ocorridos na empresa que foi fiscalizada.

Depois de citar outro entendimento de Hugo de Brito Machado e de Paulo de Barros Carvalho, conclui que está prejudicada a imputação de solidariedade passiva, uma vez que faltam elementos que comprovem a participação efetiva do reclamante na empresa fiscalizada.

b) Da relação existente entre a empresa fiscalizada e o reclamante Nos anos de 2003 e 2004, efetivamente realizou alguns contratos para a empresa, prestando serviços de forma autônoma.

Não pode ser imputada qualquer responsabilidade ao reclamante, pois não participava da gestão da empresa. Apenas auxiliava na contratação da mão de obra e na realização de alguns contratos de maior volume.

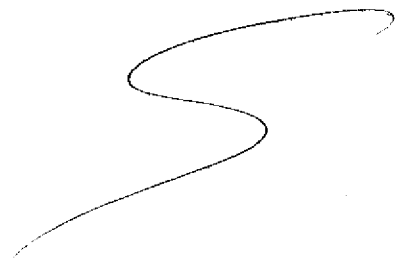
Requerimento Diante do exposto requer:

a anulação da sujeição passiva por não ter sido dado ao reclamante, durante a instrução do procedimento fiscal, a possibilidade de explicar as relações advindas com a empresa, ferindo assim, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

vencida a preliminar, requer a desconsideração da sujeição passiva, porque não existe prova de que tenha se beneficiado com os acontecimentos narrados pelo autuante, porque não existe prova que o vincule à empresa fiscalizada e porque a única relação com a empresa foi através da prestação de serviços.

A empresa foi cientificada da decisão prolatada mediante o Acórdão nº 18-6.970 de 24/04/2007, fls. 618/636, conforme o Aviso de Recebimento (AR), fl.639, em 10/09/2007, e, interpôs recurso ao Conselho de Contribuintes em 10/10/2007 (fls.642/668), em nome do responsável solidário, ILDO CRUZ DIAS (fls.642/651) e, em nome da empresa, I.C & DIAS (fls.652/668) que reproduzem, literalmente, os mesmos argumentos expendidos na impugnação acima descritos, portanto desnecessário repeti-los.

É o relatório



Voto

Conselheira Relatora Ester Marques Lins de Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235/72 e alterações posteriores, dele tomo conhecimento.

A empresa recorrente, preliminarmente, alega a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, em síntese, porque não exercitou o contraditório na fase fiscal apuratória.

Cabe assinalar que, o direito ao contraditório e à ampla defesa está contemplado, condicionando-se o seu exercício apenas ao rito processual próprio, qual seja, aquele regido pelo Decreto nº 70.235/72. Nesse sentido, somente com a tempestiva impugnação instaura-se o litígio nos termos do artigo 14 daquele decreto. Antes dela predomina a **fase procedimental**, investigativa necessária a apuração do fato gerador de tributação. Somente com o surgimento da **fase processual** estabeleceu-se o direito e a garantia fundamentais insculpidos expressamente no artigo 5º, inciso LV da Carta maior, de que aos **litigantes**, em **processo** judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, com a realização do processo administrativo para a apuração dos fatos, e, assegurado no auto de infração, o prazo de 30 (trinta) contados a partir da ciência, para a manifestação de inconformidade da pessoa jurídica que, apresentou a peça impugnatória à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria/RS e, em segunda instância apresentou recurso ao Conselho de Contribuintes, restou assegurado o contraditório e a ampla defesa ao interessado. Portanto, não se verifica qualquer ferimento ao devido processo legal nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72 a que alude o interessado.

Nesse ponto não merece reparo a decisão recorrida, assim ementada (fl.618) que também adoto como razão de decidir:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO Em questões tributárias, é a partir da constituição do crédito tributário que a lei assegura ao sujeito passivo a acessibilidade aos autos, com todos os elementos que o instruem, motivam o lançamento e o fundamentam. Se o processo permaneceu no órgão local da Secretaria da Receita Federal do domicílio Fiscal do autuado, no prazo legal, disponível para vista e para obtenção de certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, e ainda, aguardando o pagamento dos valores lançados ou a impugnação, que foi apresentada no prazo regulamentar, não ocorre o cerceamento do direito de defesa

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários a sua formalização, estabelecidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e se não forem verificados os casos taxativos enumerados no art. 59 do mesmo decreto, não é nulo o lançamento

Alega a Recorrente, que não teria sido oportunizada a juntada de comprovantes da movimentação financeira.

Também nesse ponto, melhor sorte não traz a recorrente, pois, conforme previsto no art.15 do mencionado Decreto nº 70.235/72, a impugnação deverá ser formalizada e instruída com os documentos em que se fundamentar, nessa oportunidade, a impugnação poderia ter sido instruída com todos os documentos que a defesa julgasse necessários para esclarecer os questionamentos efetivados na fase anterior à formalização do crédito tributário. O contribuinte alega seu infortúnio mas nenhum documento foi acrescentado para desfazer a infração fiscal que lhe fora imputada.

Portanto, não se constatando vícios de ilegalidade ou qualquer ofensa às regras processuais estabelecidas a condução do processo a prejudicar a defesa do contribuinte, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

Quanto ao lançamento, alega a recorrente que fora baseado em extratos bancários. Diz que depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda ou de rendimentos.

Compulsando-se os autos, constata-se que há “Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira” (RMF) da autuada, como também cópias de cheques emitidos, contratos assinados pela recorrente e recibos. Consta do Relatório de Atividade Fiscal, fl.055, que não havendo o FISCALIZADO respondido as intimações e, não sendo possível obter sua escrituração contábil, procedeu-se a circularização junto a seus clientes fornecedores, de modo que, os lançamentos ocorreram com base nos valores constantes em notas fiscais emitidas pelo fiscalizado, mensalmente.

Com efeito, observa-se, tanto no “Anexo I – Receitas Omitidas 2003” (fls. 065/066), quanto no “Anexo II – Receitas Omitidas 2004” (fls. 067/068) que o valor da receita omitida está vinculado a cada nota fiscal com o respectivo número (nº), o que desqualifica o alegado pela defesa de que o lançamento dos tributos se deu com fundamento em presunções, ilações, etc.

Nos presentes autos constata-se, sem qualquer dúvida, a existência de todo um conjunto probatório construído pela autoridade fiscal que demonstra a ocorrência e prática da infração pela recorrente, sem que ela tenha logrado contrariar.

Todos os elementos constantes no processo apontam, sempre, no sentido de que efetivamente ocorreu a irregularidade objeto de autuação.

Sobre a circularização realizada pela fiscalização, vale transcrever parte do item 2.3 “Das infrações apuradas”, do Relatório de Atividade Fiscal, fl.59:

Foram apurados os valores mensais das receitas omitidas, de forma a chegar-se aos tributos devidos (IRPJ, e reflexos: CSLI, PIS e COFINS). O Anexo I apresenta mensalmente as omissões de receita para o ano de 2003, com base na circularização realizada, bem como o imposto de renda retido na fonte, que deve ser descontado do imposto devido. O valor total das omissões foi de ... O Anexo II a este relatório mostra as omissões de receita, mês a mês, com base na circularização realizada ...”

Constata-se que os valores registrados no Auto de Infração (fl. 011), R\$ 37.153,13, R\$ 8.489,71 e R\$ 106.035,44, respectivamente, foram informados somente para efeito de cálculo do adicional de 10% do IRPJ.

Verificada a omissão de receita e, tendo em vista que a recorrente apresentou as declarações (DIPJ/2004 e DIPJ/2005, com valores "zerados", fls.73/115), indicando a forma de tributação com base no lucro presumido, sem haver efetuação a opção com o pagamento do IRPJ e CSLL, e, ainda que a pessoa jurídica, não apresentou à fiscalização a escrituração contábil/fiscal, ou o livro caixa, referentes aos anos-calendário sob ação fiscal, o lucro foi arbitrado, de acordo com o estabelecido nos artigos, 527, 530, III, 532 e 537 do RIR/99.

Com efeito, o contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, quando exercida a opção pelo lucro presumido, enseja o arbitramento do lucro tributável do período.

A matéria encontra-se pacificada nesse Conselho Administrativo, no sentido de que a não-apresentação dos livros e da documentação contábil e fiscal no curso do procedimento fiscal, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a apuração do lucro real, restando como única alternativa o arbitramento da base tributável, conforme decidido no seguinte julgado:

ACÓRDÃO nº 108-09.668, julgado em 13/08/2008.

IRPJ - LUCRO ARBITRADO - NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À APURAÇÃO DO LUCRO REAL - A não apresentação dos livros e da documentação contábil e fiscal, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a apuração do lucro real, restando como única alternativa o arbitramento da base tributável.

Sobre a sujeição passiva e responsabilidade solidária atribuída pela fiscalização ao Sr. Ildo Cruz Dias, alega a Recorrente que o mesmo lhe prestou serviços na contratação com seus clientes, mas que nunca figurou nos quadros sociais da autuada, não foi administrador e não exerceu atos de gestão.

Ao final, alega que faltam elementos que comprovem a participação efetiva da pessoa Ildo Cruz Dias na empresa fiscalizada, para classificá-lo como responsável tributário.

Consta no Relatório Fiscal (fls.62/63) que segundo levantamentos realizados a gerência dos negócios da empresa é de responsabilidade do Sr. ILDO CRUZ DIAS, conforme declaração do sócio ILDOZI CRUZ DIAS (fl.540). Também, segundo termos de depoimento, fls.306, 309,541, e informações bancárias (fls.412, 482) o Sr.Ildo Cruz Dias, negociava contratos de prestação de serviços e recebia pagamentos em nome do sujeito passivo, além de movimentar contas bancárias da pessoa jurídica por procuração e receber valores provenientes destas contas.

Diante dos fatos acima alinhados não resta dúvidas quanto a participação efetiva do Sr.Ildo Cruz Dias na empresa fiscalizada.

Quanto à multa lançada de ofício no percentual de 225% a recorrente diz que apenas para argumentar, se fosse admitida a responsabilidade tributária da impugnante pelo fato, ainda assim, a multa é confiscatória porque atinge montante em percentual que chega a atingir 20% por um único fato, e porque, se o principal não pode ser cobrado, muito menos o secundário: a penalidade ou multa regulamentar.

O tema acima tem jurisprudência pacificada nesse Conselho Administrativo, no sentido de que “*O princípio do não-confisco é inaplicável às multas lançadas de ofício*”. Logo, a vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos se refere apenas aos tributos e não às multas. É o que se depreende das ementas dos seguintes julgados:

ACÓRDÃO nº 102-48.578, julgado em 25/05/2007:

CONFISCO - A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO nº 104-22 944, julgado em 22/01/2008:

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - CARÁTER CONFISCATÓRIO - INOCORRÊNCIA - A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigir o tributo com acréscimos e penalidades legais, sendo inaplicável a estas o princípio do confisco.

ACÓRDÃO nº 101-96 745, julgado em 28/05/2008:

MULTA EX OFFICIO. CONFISCO. O princípio constitucional da vedação ao confisco é dirigido aos tributos em geral, não alcança as multas de lançamento ex officio.

ACÓRDÃO nº 102-49 367, julgado em 05/11/2008.

MULTA DE OFÍCIO - CONFISCO. A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos, se refere aos tributos e não às multas e dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

ACÓRDÃO nº 103-22.704, julgado em 08/11/2006:

MULTA EX OFFICIO. CONFISCO. O princípio constitucional da vedação ao confisco é dirigido aos tributos em geral, não alcança as multas de lançamento ex officio.

Sobre a aplicação do percentual da mencionada multa, o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, assim prescreve:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

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, (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(..)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(..)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - prestar esclarecimentos, (Renumerado da alínea "a" pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(..)

A aplicação da multa de ofício conforme previsto na Lei nº 9.430/96, art.44, inciso, I, § 1º e § 2º, (qualificada e agravada), justificou-se pela constatação de que o sujeito passivo não declarou os valores lançados de ofício, inclusive apresentando a DIPJ/2004 e DIPJ/2005, com valores "zerados", embora com atividade operacional, e, não haver prestado os esclarecimentos e documentos apesar das reiteradas intimações, conforme o Relatório Fiscal (fls.53/54), a saber: em 14/08/2006; 22/08/2006; 05/09/2006; Termo de Intimação solicitando a documentação ao Sr. Ildo Cruz Dias em 07/11/2006, quando finalmente, em 17/11/2006 (fl.545), o Sr. Milton Postigliani Fontoura (suposto contador do fiscalizado) declara: "que não existe escrituração contábil da empresa nos exercícios de 2003 e 2004, por estar desobrigada em função de ser optante pelo regime de lucro presumido"

A prática sistemática da omissão de receitas, adotada durante os anos consecutivos (2003 e 2004) forma o elemento subjetivo da conduta dolosa e enseja a aplicação da multa qualificada pela ocorrência de fraude, prevista na Lei nº 4.502/64, ou seja, a intenção de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, o que torna aplicável a multa de 150%.

No que tange ao agravamento da multa, verifico que tão logo intimado, o indicado responsável, Sr. Ildo Cruz Dias em 07/11/2006; em 17/11/2006 (fl.545), o Sr. Milton Postigliani Fontoura (suposto contador do fiscalizado) declara: "que não existe escrituração contábil da empresa nos exercícios de 2003 e 2004, por estar desobrigada em função de ser optante pelo regime de lucro presumido". O que contribuiu ao desenvolvimento da atividade fiscal e ao arbitramento do lucro.

Assim, atendida a intimação feita ao responsável indicado pelo sócio da pessoa jurídica ainda que seja para informar não possuir escrituração, deve ser afastado o agravamento da multa de ofício.

Desse modo, **não há razão para o agravamento da multa a ensejar o aumento de metade do referido percentual (75%), a perfazer o agravamento no percentual de 225%.**

No tocante aos argumento de **Ilegalidade da utilização da taxa SELIC para cobrança dos créditos tributários**, conforme esclarecido na decisão de primeiro grau, trata-se de autorização prevista no art.161 da Lei nº 5.172/66- Código Tributário Nacional - CTN, e na Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 3º, incidindo a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no

mês do pagamento, seja qual for o motivo da falta de pagamento do tributo. Não cabe aos órgãos do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice inclusive nas súmulas nº 2 e 4 deste E. Conselho Administrativo:

Súmula CARF Nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

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

Desta forma, deve ser mantida a tributação, com juros de mora e a multa qualificada, no percentual de 150%, visto estar presente o evidente intuito de fraude, evidenciado pelas provas existentes nos autos, subsumindo-se os fatos descritos às hipóteses legais. Afastado, pois, o agravamento da multa de ofício.

Quanto aos lançamentos das Contribuições Sociais, mantida a exigência do Imposto de Renda Pessoa jurídica, devem igualmente ser mantidas as tributações reflexas, (PIS, Cofins, e CSLL), decorrentes da mesma infração tributária que motivou a autuação relativa ao IRPJ, visto a inexistência de fatos ou outros argumentos que possam indicar outra decisão.

Conforme relatado, também foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária MOO12/2006, de fls. 071, que identifica Ildo Cruz Dias, CPF nº 425.938.240-34, como Responsável Solidário, de acordo com os arts. 124, I, e 135, II e III, da Lei nº 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Consta no relatório fiscal, fls.62/64, pelos motivos já mencionados acima, que Ildo Cruz Dias possuía interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal.

Assim, por meio de seu advogado (procuração à fl. 614), foi apresentada a inconformidade (fls. 604/613) de Ildo Cruz Dias contra a imputação de responsabilidade solidária, bem como em sede recursal. fls.642/651, apresenta os mesmos argumentos expendidos na impugnação.

Preliminarmente, alega **Nulidade da responsabilização por cerceamento de defesa**, porque fora intimado para tomar conhecimento da imputação de solidariedade passiva, sem ao menos, durante todo o procedimento fiscal, ser intimado a prestar esclarecimento ou depoimento, a respeito das imputações que lhe foram feitas. Nos recibos das intimações (AR - correio), vê-se que foram recibos por pessoa estranha ao contribuinte.

Consta do Relatório Fiscal (fl.053) que o Termo de Intimação (fl.148), enviado ao Sr. Ildo Cruz Dias, fora recebido por AR no seu endereço constante no sistema CPF (fl.149). O assunto encontra-se pacificado nesse Conselho Administrativo de acordo com a seguinte súmula:

Súmula CARF Nº 9

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a

assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

O recorrente, requer a anulação da sujeição passiva, em síntese, porque não exercitou o contraditório na fase fiscal apuratória, ferindo assim, o princípio da ampla defesa e contraditório. A esse argumento aplicam-se os mesmos fundamentos expressados no presente voto acerca da manifestação expendida pela autuada em seu recurso voluntário, ou seja, com a realização do processo administrativo para a apuração dos fatos, e, assegurado no auto de infração, o prazo de 30 (trinta) contados a partir da ciência, para a manifestação de sua inconformidade que, apresentou a peça impugnatória à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria/RS e, em segunda instância apresentou recurso ao Conselho de Contribuintes, restou assegurado o contraditório e a ampla defesa ao interessado.

Ademais o interessado apresentou sua defesa, tempestivamente, em relação ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, manifestando-se conhecedor dos fatos que lhe são imputados e deles se defende com propriedade e destreza. Portanto, não se verifica qualquer ferimento ao devido processo legal nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72 a que alude o interessado, embora também pode-se dizer que a defesa está próxima da negação geral e tão esquiva, quase que totalmente calcada em preliminares, e sem explicar nenhuma das evidências trazidas pela fiscalização no seu trabalho probato-acusatório.

No tópico “Da relação existente entre a empresa fiscalizada e o manifestante”, o inconformado informa que efetivamente nos anos de 2003 e 2004 realizou alguns contratos para a empresa, prestando serviços de forma autônoma, em razão de sua experiência e de seu conhecimento na atividade de agenciamento de mão de obra, visando o escoamento da safra do arroz mas não participava da gestão da empresa, portanto não há caracterização que autorize considerar o impugnante responsável solidário por dívidas contraídas pela empresa.

Os fatos elencados no Relatório Fiscal, que para fins didáticos aqui se repete, contrariam a afirmação acima, vejamos:

Consta no Relatório Fiscal (fls.62/63) que segundo termos de depoimento, fls.306, 309,541, e informações bancárias (fls.412, 482) o Sr.ILDO Cruz Dias, negociava contratos de prestação de serviços e recebia pagamentos em nome do sujeito passivo, além de movimentar contas bancárias da pessoa jurídica por procuração e receber valores provenientes destas contas.

Conforme declaração do sócio ILDOZI CRUZ DIAS (fl.540): “a administração da empresa LC & DIAS LTDA é realizada por ILDO CRUZ DIAS”.

Assim, não se pode olvidar o interesse direto do Sr.ILDO Cruz na administração da fiscalizada, nem tampouco descartar o que estabelece a norma geral de Direito Tributário expressa no artigo 124, inc. I, do CTN, que prevê a solidariedade tributária, diante da pluralidade de sujeitos passivos, ou seja, são solidariamente obrigadas, as pessoas que tenham interesse comum ao fato gerador (lucro/receita) da obrigação tributária.

Desta forma, a pessoa que esteja vinculada ao fato gerador é solidariamente obrigada ao pagamento em relação ao crédito tributário, em decorrência do estabelecido no mencionado dispositivo legal.

Sobre a questão acima reproduzo as considerações feitas na decisão de primeiro grau, fls.635/636 cujo arrazoado doutrinário e jurisprudencial adoto como razão de decidir:

Deve ser lembrado que os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes ou procuradores, e assim é inegável a solidariedade destes em relação às obrigações que contraem em nome daquela, pois a responsabilidade solidária em tal caso é objetiva, presumida, posto que a situação configurada na lei (art. 124, I) é aquela em que todos os envolvidos ganham simultaneamente com o fato econômico (fato gerador).

Acréscete-se que sobre o tema responsabilidade tributária, prevista no artigo 135 do CTN, a chamada “responsabilidade pessoal”, têm-se posicionamentos de doutrinadores que auxiliam o entendimento desse assunto, como é o caso de Sacha Calmon Navarro Coelho, na obra “Comentários ao Código Tributário Nacional”, 3ª edição, Editora Forense, páginas 319 e 320, que assim leciona:

A regra do art. 135 agrava a responsabilidade dos terceiros referidos no artigo anterior e a estende a duas outras categorias de responsáveis não mencionadas naquele, quais sejam: (a) os mandatários, prepostos ou empregados e (b) os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Em suma, o art. 135 retira a “solidariedade” do art. 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (mala fides) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato cívico de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto. O regime agravado de responsabilidade tributária previsto no artigo estende-se, é óbvio, peremptoriamente, àquelas duas categorias de responsáveis previstas no rol dos incisos I e II (mandatários, prepostos, empregados e os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado). O dispositivo tem razão em ser rigoroso, já que ditos responsáveis terão agido sempre de má-fé, merecendo, por isso mesmo, o peso inteiro da responsabilidade tributária decorrente de seus atos.

[]

Pois bem, o simples não-recolhimento do tributo constitui, é claro, uma ilicitude, porquanto o conceito lato de ilícito é o descumprimento de qualquer dever jurídico, decorrente de lei ou de contrato.

[-]

A doutrina do Supremo me parece a melhor. Interessante, no particular, por ser caso-limite, a Apelação Cível nº 89.03.06965-0- SP, TRF da 3ª RF, Relator Silveira Bueno (lex 50 – JSTJ e TRF – p. 454

“EMENTA. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE ANÔNIMA GERIDA UNIPESSOALMENTE PELO DIRETOR PRESIDENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR

*SUBSTITUIÇÃO VALIDADE DA PENHORA EFETUADA EM
BENS DE PROPRIEDADE DA VIÚVA DO DIRETOR
FALECIDO. RECURSO IMPROVIDO*

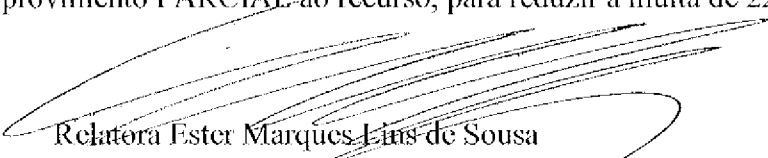
- Tendo o diretor presidente da executada exercido a sua administração de forma unipessoal, por mais de 25 anos, durante os quais verificou-se o descumprimento da obrigação de recolher contribuições previdenciárias, tornou-se responsável tributário por substituição e suscetível do ônus desse status, inclusive o ter penhorados bens de sua propriedade. A ocorrência de sua morte não elidiu a sua sujeição passiva que se transferiu ao seu espólio

Havendo nos autos um conjunto probatório que milita em prol da conclusão de que o Sr. Ildo Cruz Dias atuou como administrador de fato, a responsabilidade solidária é decorrência inarredável dos fatos subsumidos à legislação tributária aplicável, bem como a legitimidade passiva dos responsáveis solidários.

Destarte, restando demonstrado nos autos que o Sr. Ildo Cruz Dias exercia a administração da empresa fiscalizada, tinha interesse comum na situação que configura o fato gerador da obrigação tributária, e que na qualidade de gerente/representante da fiscalizada não declarou corretamente os tributos devidos, e mais, geriu os negócios da empresa sem apresentar procuração para tanto, ou estar autorizado pelo contrato social, a imputação da responsabilidade solidária está de acordo com as disposições contidas no art. 124, inciso I, e no art. 134, inciso III, e 135 do CTN.

Assim é que, no campo dos fatos, vislumbro perfeitamente caracterizada a participação do recorrente como administrador de fato, e como tal, responsável solidário, pois há nos autos um conjunto probatório que milita em prol de tal conclusão.

Diante do exposto, voto para REJEITAR as preliminares suscitadas, e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para reduzir a multa de 225% para 150%.


Relatora Ester Marques Lima de Sousa

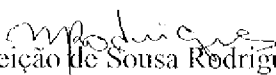


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 09 de agosto de 2010.


Maria Conceição de Sousa Rodrigues - Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome: _____

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração.