



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

Processo nº 11040.721414/2011-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-000.823 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de março de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente MÁSTER TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

RECURSO DE OFÍCIO. ERRO DE FATO NA QUANTIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Constatado erro de fato na quantificação das bases de cálculo dos tributos constituídos de ofício, impõe-se a manutenção da decisão da Delegacia de Julgamento que procedeu a adequação do crédito tributário correspondente.

PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Recurso voluntário sem apresentar nenhum argumento ou fato que fosse de encontro a decisão proferida a Recorrente não apresenta qualquer indignação contra os fundamentos da decisão supostamente recorrida ou a apresentação de motivos pelos quais deveria ser modificada, ferindo o princípio da dialeticidade, segundo o qual os recursos devem expor claramente os fundamentos da pretensão à reforma.

PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. As provas obtidas do Fisco Estadual na fase de fiscalização são admissíveis no processo administrativo fiscal desde que submetidas a novo contraditório por justamente não prejudicarem o direito de defesa do contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITA - A ausência de contabilização de receitas da empresa caracteriza o ilícito fiscal e justifica o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto, sem prejuízo da tributação sobre o lucro apurado. É legítima a imposição de arbitramento quando constatada a omissão do registro, obtida mediante informação das empresas pagadoras.

PROCEDIMENTO FISCAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE ESCRITA E ARBITRAMENTO DE LUCROS - Sendo a aplicação desses instrumentos prerrogativa da Fazenda Pública como salvaguarda do crédito tributário, não pode o contribuinte reclamar a aplicação para furtar-se ao pagamento do justo valor do imposto.

As diferenças existente entre as receitas registradas nos Livros Registros de Apuração do ICMS e as receitas informados na DIPJ, constitui omissão de receita passível de tributação.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. CABIMENTO. O arbitramento do lucro não é penalidade sim modalidade de apuração do resultado tributável do IRPJ e CSLL, quando o contribuinte não apresenta os livros e documentos de sua escrituração, dentre outras hipóteses.

MULTA QUALIFICADA.

Aplica-se a multa qualificada de 150% restando caracterizada a utilização fraudulenta da personalidade jurídica da empresa bem como a conduta reiterada de omissão na declaração e pagamento dos tributos devidos

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-Cofins, Contribuição para a Seguridade Social - INSS.

INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE. LEI OU ATO NORMATIVO. APRECIAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula Carf nº 2), isso porque, a instância administrativa não é foro apropriado para discussões desta natureza, pois qualquer discussão sobre a constitucionalidade e/ou ilegalidade de normas jurídicas deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

Recursos de Ofício e Voluntário não providos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 3ª Turma Ordinária da 1ª. Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, NEGAR provimento aos recursos de ofício e voluntário nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Marcos Shigueo Takata e Aloysio José Percínio da Silva acompanharam o relator pelas conclusões acerca da manutenção da multa qualificada.

Aloysio José Percínio da Silva
Presidente
(assinado digitalmente)

Sergio Luiz Bezerra Presta
Relator
(assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Aloysio José Percínio da Silva, Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto parte do relato do órgão julgador de primeira instância administrativa até aquela fase:

“Tratam-se de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, Programa de Integração Nacional – PIS e os tributos que compunham o Simples Federal lavrados em face de MASTER TRANSPORTES LTDA em razão da omissão de receita apurada pelo confronto entre os valores das receitas registrados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAS mensais), coincidentes com o montante escriturado no Livro Caixa, e os valores das receitas informados nas Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ relativas aos anos-calendário de 2007 e 2008.

Os valores constituídos de ofício encontram-se discriminados a seguir:

	Tributo	Juros	Multa	Total
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ	1.987.252,67	755.775,00	2.980.879,00	5.723.906,67
Contribuição Social s/Lucro Líquido - CSLL	947.798,66	360.345,53	1.421.697,96	2.729.842,15
Contrib. P/ Financ. da Seg. Social - Cofins	1.865.951,18	751.128,10	2.798.926,74	5.416.006,02
Programa de Integração Social - PIS	410.289,05	161.171,33	615.433,51	1.186.893,89
Total	5.211.291,56	2.028.419,96	7.816.937,21	15.056.648,73

Valores em Reais conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Nos anos-calendário sob procedimento fiscal, o contribuinte havia apurado o IRPJ e a CSLL com base no lucro presumido. Entretanto, não possuía escrituração contábil e os livros caixa apresentados não identificavam sua movimentação financeira, o que levou a Fiscalização a arbitrar os lucros da fiscalizada, nos termos do art. 530, II, a, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99 – aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999).

No caso da omissão de receita, a multa aplicada foi a prevista no art. 44, I, c/c §1º, da Lei nº 9.430/96 (150%), com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, em razão de a Fiscalização considerar que houve dolo na conduta reiterada do contribuinte com o propósito específico de impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador por parte do Fisco.

Os autos de infração foram cientificados ao contribuinte em 15/12/2011 (fl. 266).

O contribuinte apresentou impugnação em 16/01/2012 (fls. 270/324).

Alega, preliminarmente, a nulidade do auto de infração em razão de erro na base de cálculo apontada pela Fiscalização em relação ao mês de março de 1998, uma vez que foi utilizado o valor de R\$ 20.663.727,70 (fl. 171), enquanto que na GIA do respectivo período, o valor escriturado era de R\$ 2.663.727,70 (fls. 111 e 324). Em face desse pretensão erro, alega violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, devendo o auto de infração ser considerado nulo.

Alega que, relativamente aos períodos fiscalizados, agenciava fretes e a maior parte dos valores dos contratos era repassado aos transportadores autônomos contratados. Entende, assim, que o valor de renda a ser considerado na operação seria somente o valor líquido que efetivamente destinou-se a MASTER TRANSPORTES LTDA, pois, caso contrário, haveria afronta à regra matriz de incidência do imposto de renda. Cita doutrina e jurisprudência que respaldariam o entendimento esposado. Em razão desse fato, alegação violação aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do não-confisco, da razoabilidade, da propriedade privada e da livre iniciativa. Haveria ainda violação ao conceito de faturamento. Apresenta doutrina e jurisprudência que embasariam sua tese, concluindo que o Fisco exigiu tributos sobre valores que não a pertencem, pois apenas transitaram pela sua contabilidade, sem acrescer-lhe o patrimônio.

Aduz ainda que o arbitramento de lucros com base no art. 530, III, do RIR/99, utilizado pela Fiscalização, seria inaplicável ao caso concreto, haja vista que teria apresentado toda a documentação fiscal solicitada e que tais documentos seriam suficientes para aferição da receita bruta, não subsistindo, pois, o arbitramento de lucros realizado pela Fiscalização. No mesmo sentido, pondera que o art. 527, e seu § único, do RIR/99, autoriza apenas a escrituração do livro caixa para optantes pelo lucro presumido, ou seja, não era obrigada à escrituração de livros contábeis. Registra ainda que não foram esgotadas as possibilidades de apuração do resultado pelo lucro real. Dever-se-ia, ainda, deduzir-se as despesas com combustíveis, manutenção da frota própria, administrativas e folha de pagamento, citando os arts. 290 e 299 do RIR/99.

Argumenta também que adotou dois regimes de reconhecimento de receita, ora pelo regime de caixa, ora pelo regime de competência, o que implicou dupla tributação sobre a mesma base.

Irresigna-se ainda sobre pretensa utilização de critérios distintos de tributação, ora com base no lucro presumido, ora com base no lucro arbitrado. Rebate ainda, frise-se desde já, outros assuntos estranhos aos autos de infração, como por exemplo, nulidade do arbitramento por omissão de receitas com base em depósitos bancários e descontos incondicionais não considerados.

A respeito do agenciamento de cargas, alega que não foram excluídas das bases de cálculo as parcelas correspondentes, restando equivocada a autuação uma vez que esse montante não representaria seu faturamento, tendo somente transitado por sua contabilidade.

Transcreve doutrina e jurisprudência que embasariam seus argumentos.

Insurge-se também contra a aplicação de multa qualificada de 150%, pois, na ausência de dolo, não restariam configuradas as hipóteses previstas nos arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64, conforme previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Requer que a multa de ofício seja reclassificada para multa de natureza moratória. Aduz ainda que o percentual da multa aplicada seria inconstitucional por violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Apresenta ainda sua inconformidade quanto à representação fiscal para fins penais intentada pela Fiscalização.

Além disso, solicita a comprovação dos fatos narrados mediante produção de prova documental, e, em especial, a realização de perícia técnica contábil.

Ao final, requer que seja julgada inteiramente procedente a impugnação, anulando-se o auto de infração”.

A 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS, em sessão de 12/04/2012, ao analisar a peça impugnatória apresentada, proferiu o acórdão nº 10-37.862 entendendo “*por unanimidade de votos, julgar parcialmente procedente a impugnação, exonerando R\$ 1.799.960,40 de crédito tributário exigido concernente ao erro material nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL do primeiro trimestre de 2008*”, sob argumentos assim ementados:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

A perícia não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte, que dispunha de todas as informações para, já na peça de contestação, demonstrar eventual erro nos cálculos. Considera-se não formulado o pedido de perícia que não atende aos requisitos legais.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não estando configurada a ocorrência de preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

O processo administrativo tributário tem como objetivo decidir, na órbita administrativa, se houve ou não a ocorrência de fato gerador do imposto e, caso este tenha ocorrido, verificar se o lançamento esteve de acordo com a legislação aplicável. Desse modo, as Delegacias da Receita Federal de Julgamento não têm competência para apreciar elementos constantes na impugnação relativos à Representação Fiscal para Fins Penais, já que nele não há matéria tributária envolvida, cabendo ao Ministério Público Federal, se for o caso, promover a ação penal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

LUCRO ARBITRADO. DIFERENÇAS DE RECEITAS DECLARADAS A MENOR. OMISSÃO DE RECEITA.

As diferenças existente entre as receitas registradas nos Livros Registros de Apuração do ICMS e as receitas informados na DIPJ, constitui omissão de receita passível de tributação.

IRPJ. RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGAS.

A receita bruta é o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Na prestação de serviços de transporte de cargas, quando os serviços são realizados por conta e exclusiva responsabilidade da transportadora, recebendo os valores dos fretes, inclusive aqueles efetuados por terceiros, a totalidade dos

recebimentos decorrentes dessas operações integra a receita bruta para fins de determinação da base de cálculo do lucro presumido, não tendo amparo legal a exclusão dos valores repassados a terceiros pelos fretes subcontratados.

IRPJ. CSLL. ERRO DE FATO NA QUANTIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Constatado erro de fato na quantificação das bases de cálculo dos tributos constituídos de ofício, impõe-se a adequação do crédito tributário correspondente.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. LIVRO CAIXA. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Cabe o arbitramento do lucro quando a pessoa jurídica, optante pelo lucro presumido, não inclui em seu Livro Caixa a movimentação financeira, inclusive a bancária.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

BASES DE CÁLCULO. PIS/PASEP. COFINS.

A base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

Incabível a exclusão das importâncias computadas como receita que tenham sido transferidas para outra pessoa jurídicas.

MULTA NO PERCENTUAL DE 150%.

Justifica-se a aplicação da multa no percentual de 150% quando restar demonstrado que o contribuinte agiu de forma dolosa, com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou de excluir ou modificar as suas características.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

Cientificada da decisão de primeira instância em 30/06/2012 (AR fls. 361), a MÁSTER TRANSPORTES LTDA., qualificada nos autos em epígrafe, inconformada com a decisão contida no Acórdão nº 10-37.862, recorre em 27/07/2012 (363 e segs) a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais objetivando a reforma do julgado reiterando os argumentos da peça impugnativa.

Na referência às folhas dos autos considere a numeração do processo eletrônico (e-processo).

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA

Observando o que determina os arts. 5º e 33 ambos do Decreto nº. 70.235/1972 conheço a tempestividade do recurso voluntário apresentado, preenchendo os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele, portanto tomo conhecimento.

Por uma questão de sistematização passo agora a tratar do recurso de ofício em decorrência da desoneração tributária perpetrada pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS, constante do acórdão nº 10-37.862, no montante de “R\$ 1.799.960,40 de crédito tributário exigido concernente ao erro material nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL do primeiro trimestre de 2008”.

Compulsando os autos vejo que assiste razão a 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS na desoneração tributária, por isso tomo emprestado as suas razões de decidir, constante das fls. 346 e seguintes dos autos, a seguir transcritas:

“O impugnante optou pelo Lucro Presumido no período sob exame, tendo seus resultados sido arbitrados pela Fiscalização em razão de seu Livro Caixa não incluir a movimentação financeira, inclusive bancária, de todo o período. Portanto, correto o procedimento da Fiscalização em considerar como base de cálculo os valores totais dos fretes, não cabendo, por falta de previsão legal, excluir aqueles transferidos para terceiros pelos fretes subcontratados. Esses valores, se comprovados, somente poderiam ser deduzidos como custos ou despesas, caso fosse adotada a forma de tributação pelo lucro real, situação distinta ao do caso concreto.

Entretanto, conforme já salientado no item “1.2” do presente voto, houve um erro de fato na transcrição do valor do faturamento relativo ao mês de março de 2008: a autoridade fiscal consignou o valor de R\$ 20.663.842,64 (fls. 171 e 205), enquanto que os valores constantes nas GIAS mensais indica faturamento de R\$ 2.663.842,64 (fls. 111 e 324).

Vê-se que o este montante coincide com o escriturado no Livro Caixa (fl. 77) e no Livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 247). Trata-se, pois, de erro de fato, tendo havido erro de fato no momento da digitação, inserindo-se um algarismo “0” após a unidade de milhão. Com isso, adicionou-se erroneamente R\$ 18.0000.000,00 às bases de cálculo de IRPJ e CSLL.

Desse modo, diante do equívoco perpetrado, embora não se enquadre na hipótese de nulidade aventada pelo impugnante, impõe-se a exoneração da parcela do crédito tributário relativa ao excesso de receita bruta equivocadamente imputada pela Fiscalização.

Relativamente ao mês de março de 2008, deve ser considerado como faturamento o valor de R\$ 2.633.842,64. Isso implica que, ao invés de se considerar como omissão de receitas do primeiro trimestre de 2008 o total de R\$ 25.810.255,14 para fins de base cálculo de IRPJ e CSLL (fls. 163 e 198), deve ser considerado o montante de R\$ 7.810.255,14”.

Diante dos argumentos acima e da clara constatação do erro material constante dos autos, não há o que reparar na decisão da 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS que desonerou o montante de “R\$ 1.799.960,40 de crédito tributário exigido concernente ao erro material nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL do primeiro trimestre de 2008”

Antes de entrar no mérito, esclareço a necessidade de passarmos as preliminares levantadas pela Recorrente; porém, devo esclarecer que mesmo diante dos argumentos e também da base legal constante da decisão contida no Acórdão nº 10-37.862, a Recorrente, no recurso voluntário, limitou-se a reproduzir, “*ipsis literis*” as preliminares constantes da peça impugnatória sem apresentar nenhum argumento ou fato que fosse de encontro a decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS. Na verdade não houve qualquer insurreição contra os fundamentos da decisão supostamente recorrida ou a apresentação de motivos pelos quais deveria ser modificada.

Assim procedendo, a Recorrente feriu o princípio da dialeticidade, segundo o qual os recursos devem ser dialéticos e discursivos; devem expor claramente os fundamentos da pretensão à reforma. Na verdade o princípio da dialeticidade consiste no dever do recorrente de indicar **todas as razões de direito e de fato que dão base ao seu recurso**, visto ser impossível ao CARF avaliar os vícios existentes na decisão de primeiro grau, sem que o interessado apresente todas as suas razões.

Sobre o assunto, leciona Nelson Nery Júnior:

“(…) o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. (...) As razões do recurso são elemento indispensável a que o tribunal, para o qual se dirige, possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida. A sua falta acarreta o não conhecimento. Tendo em vista que o recurso visa, precipuamente, modificar ou anular a decisão considerada injusta ou ilegal, é necessária a apresentação das razões pelas quais se aponta a ilegalidade ou injustiça da referida decisão judicial” (Nelson Nery Júnior in “Teoria geral dos Recursos”. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 176 e 177).

Analisando o tema o Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu “*verbis*”:

“(…) o presente recurso não tem porte para infirmar a decisão recorrida, pois restringiu-se o agravante, a reiterar ipsis literis, os motivos expendidos no especial; Consequentemente, o presente agravo não impugna, como seria de rigor, o fundamento da decisão recorrida, circunstância que obsta, por si só, o acolhimento da pretensão recursal” (AG nº. 479378/RJ, rel. Ministro Barros Monteiro, DJ de 14/2/2003).

“(…)Ao interpor o recurso de apelação, deve o recorrente impugnar especificamente os fundamentos da sentença, não sendo suficiente a mera remissão aos termos da petição inicial e a outros documentos constantes nos autos. Precedentes.” (REsp nº. 722.008/RJ, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 22/5/2007).

Diante a ação deliberada da Recorrente em desconsiderar todos os argumentos apresentados pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS, na sessão de 12/04/2012, ao analisar a peça impugnatória apresentada, proferiu o Acórdão nº 10-37.862, meu entendimento inicial conduzia para não reconhecer do recurso voluntário. Porém, buscando o fim maior do processo administrativo fiscal, que é a verdade material, passo a analisar a decisão de decisão de primeiro grau como se o recurso estivesse posto.

Assim, quanto às preliminares e as nulidades apontadas mantendo a decisão da 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS pelos seus próprios fundamentos.

Passando ao mérito, vejo que o caso dos presentes autos trata de omissão de receita, conforme consta no Relatório de Ação Fiscal, constante das fls. 211 e seguintes, encontramos a seguinte situação, “*verbis*”:

“A ação fiscal foi iniciada em 16/09/2011, e de acordo com o disposto nos artigos 904, 911, 926, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda -RIR/99), formalizamos o presente Lançamento de Ofício, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos anos-calendário de 2007 e 2008 em decorrência de procedimento fiscal junto à empresa acima identificada.

A empresa fiscalizada, estabelecida sob a forma de sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada, possui como sócio Jairton da Silva Ávila (CPF Nº 691.122.070-04) e Márcia Andréa Gomes Machado Nascimento (CPF Nº 819.038.550-04), sendo o objeto social da empresa o transporte rodoviário de cargas em geral, inclusive cargas perigosas, municipal, interestadual e internacional. Especificamente, no que concerne aos anos calendários de 2007 e 2008 objeto da ação fiscal, a empresa apresentou declaração de informações econômico – fiscais da pessoa jurídica optante pelo Lucro Presumido.

DESCRIÇÃO DOS FATOS

DA INTIMAÇÃO

I - INTIMAÇÃO FISCAL

Demos início ao procedimento fiscal no contribuinte intimando-o, com a expedição do Termo de Início do Procedimento Fiscal, do qual tomou ciência em 16/09/2011, a apresentar, no prazo de cinco (5) dias úteis, contrato social e alterações, livros fiscais, livros contábeis, livro caixa, Guias de Informação e Apuração do ICMS (mensais) e a Guia Informativa Modelo B.

Em resposta, a fiscalizada apresentou em 23/09/2011 contrato social e alterações, livros fiscais, livros contábeis, livro caixa, Guias de Informação e Apuração do ICMS (mensais) e a Guia Informativa Modelo B.

2- DO ATENDIMENTO AO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO

Em face de solicitação efetuada, o contribuinte encaminhou a documentação datada de 23/09/2011, observamos a incompatibilidade dos valores registrados no livro caixa com os valores apresentados na DIPJ. Analisando o livro caixa da empresa, constatamos que a fiscalizada registrou a menor na DIPJ as receitas de serviço, sendo que os valores que constam nas Gias correspondem aos mesmos valores que apresenta o livro caixa. Apresentando uma receita total apurada pela fiscalização conforme quadro descrito abaixo.

Período/2007	Receita Apurada. Livro Caixa e GIAS.	Receita Declarada DIPJ	Diferença
1º Trimestre	4.928.331,30	500.096,92	4.428.234,38
2º Trimestre	10.948.657,67	1.084.416,93	9.864.240,74
3º Trimestre	9.973.651,94	1.007.021,52	8.966.630,42
4º Trimestre	7.028.982,64	756.152,50	6.272.830,14

Período/2008	Receita Apurada. Livro Caixa e GIAS.	Receita Declarada DIPJ	Diferença
1º Trimestre	7.810.255,14	820.528,58	6.989.726,56
2º Trimestre	14.012.608,86	1.360.389,60	12.652.219,26
3º Trimestre	10.196.651,40	1.146.747,27	9.049.904,13
4º Trimestre	4.859.999,68	472.548,74	4.387.450,94

Diante do acima exposto, procedemos ao lançamento de ofício do Imposto de Renda Pessoa Jurídica –IRPJ, CSLL, PIS E COFINS, utilizando como base de cálculo os valores no Livro Caixa no ano calendário de 2007 e 2008.

03 – DO ARBITRAMENTO DO LUCRO TRIBUTÁVEL

Verificamos através do sistema da Secretaria da Receita Federal, CNPJ (Consulta Declarações IRPJ), que a Máster Transporte Ltda., optou pela tributação com base nas regras dispostas para o Lucro Presumido em todos os anos-calendário integrantes da presente fiscalização. Constatamos que o Livro Caixa apresentado pela fiscalizada não consta à escrituração das contas correntes bancárias. Desta forma realizamos o lançamento com base no Lucro Arbitrado, pois a pessoa jurídica que opta pelo lucro presumido deve manter a escrita (livro-caixa)

albergando toda a movimentação bancária, a falta de escrituração das contas correntes bancárias, mantidas pela empresa, denota que a contabilidade da pessoa jurídica não atende a legislação comercial e fiscal conforme preceitua o art. 530, Inciso II do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

04 - MULTA QUALIFICADA

Analizando a DIPJ originais x Livro Caixa/Gias, é possível verificar que dos valores de receitas apurados segundo a escrituração, o contribuinte declarava somente, em média, 10% do total das receitas auferidas.

Sendo assim, caso não ocorresse à ação do fisco, a empresa fiscalizada tributaria somente a média de 10% de suas receitas.

Essa conduta foi adotada pela fiscalizada, pelo menos, em todos os meses dos anos – calendário de 2007 e 2008, conforme é possível verificar no Livro Caixa da empresa.

Tendo a fiscalizada adotada essa conduta de forma reiterada, por tanto tempo, e ciente da situação, pois obviamente tinha conhecimento do teor de seus livros, afasta-se a hipótese de erro, o que nos resta inferir que houve dolo.

Desta forma, torna-se evidente a tentativa dolosa dessa Pessoa Jurídica em impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador. A esse respeito o art. 71 da Lei nº 4.502/64 define: “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. (grifou-se)”.

O art 44 da Lei nº 9.430/1996 assim dispõe: “Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, 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 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 2007).

Por essas razões elaboramos a Representação Fiscal para Fins Penais, formalizada no processo nº 11040-721612/2011-41, nesta mesma data, de acordo com o que preceitua o art. 1º da Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010.

(...)

Foi reconhecido pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS, quando do julgamento da impugnação, que houve um erro de cálculo quando da elaboração do Relatório de Ação Fiscal, onde a fiscalização acrescentou um 0 (zero) a mais nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL do primeiro trimestre de 2008.

Tal erro aconteceu, segundo afirma a 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS,

“verbis”: “houve um erro de fato na transcrição do valor do faturamento relativo ao mês de

março de 2008: a autoridade fiscal consignou o valor de R\$ 20.663.842,64 (fls. 171 e 205), enquanto que os valores constantes nas GLAS mensais indica faturamento de R\$ 2.663.842,64 (fls. 111 e 324). Vê-se que o este montante coincide com o escriturado no Livro Caixa (fl. 77) e no Livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 247). Trata-se, pois, de erro de fato, tendo havido erro de fato no momento da digitação, inserindo-se um algarismo '0' após a unidade de milhão. Com isso, adicionou-se erroneamente R\$ 18.0000.000,00 às bases de cálculo de IRPJ e CSLL”.

Porém, esse erro foi corrigido, e o acórdão recorrido excluiu os R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões) da base da receita bruta do mês de março de 1998 para fins de cálculo do IRPJ/CSLL em decorrência da constatação do erro material, ficando as omissões de receita assim configuradas:

1º TRIM/2008			
IRPJ			
	LANÇADO	MANTIDO	EXONERADO
OMISSÃO RECEITA LANÇADA	25.810.255,14	7.810.255,14	18.000.000,00
BASE DE CÁLCULO IRPJ	2.477.784,49	749.784,49	1.728.000,00
IRPJ SOBRE OMISSÃO	613.446,12	181.446,12	432.000,00
IRPJ DECLARADO	9.846,34	9.846,34	-
IRPJ APÓS VALOR COMPENSADO	603.599,78	171.599,78	432.000,00
IRPJ EXONERADO			432.000,00
Multa Exonerada (150%)	Juros de Mora (37,35%) (*)	TOTAL EXONERADO	
648.000,00	161.352,00	1.241.352,00	

CSLL			
	LANÇADO	MANTIDO	EXONERADO
OMISSÃO RECEITA LANÇADA	25.810.255,14	7.810.255,14	18.000.000,00
BASE DE CÁLCULO CSLL	3.097.230,62	937.230,62	2.160.000,00
CSLL SOBRE OMISSÃO	278.750,76	84.350,76	194.400,00
CSLL EXONERADA			194.400,00
Multa Exonerada (150%)	Juros de Mora (37,35%) (*)	TOTAL EXONERADO	
291.600,00	72.608,40	558.608,40	

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXONERADO			
TRIBUTOS (IRPJ E CSLL)	JUROS	MULTA	TOTAL
628.400,00	233.960,40	939.600,00	1.799.960,40

Observando a situação fática Pode-se, então, afirmar que o erro material é aquele em que: “aquele cuja correção não implica alteração do critério jurídico ou fático levado em conta no julgamento.” (ZAVASCKI, Teori Albino in “Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003, v. VIII, p. 311 et seq.)

Ou seja, o erro em inserir o “0” (zero) trata-se de uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não interfere no caso da omissão de receita comprovada e confirmada pela Recorrente, que quando estava sob a opção de tributação do lucro presumido, queria abater do faturamento as despesas como se estivesse optando pela sistemática do lucro real.

Para justificar (se é que é possível!) a omissão de receita constada no Relatório de Ação Fiscal, a Recorrente desejava estar “no melhor dos mundos”, vou explicar: Sendo optante pela sistemática de tributação pelo lucro presumido, aproveitando todos os seus benefícios; e, que fossem realizadas as deduções inerentes ao sistema de tributação do lucro real, sem, contudo, suportar os ônus e as obrigações inerentes a esta última sistemática de tributação.

Além do mais, a Requerente não ficou comprova a razão de uma receita omitida em média de 89,77% (oitenta e nove vírgula setenta e sete por cento) para cada trimestre dos dois exercícios fiscalizados. Assim, diante da constatação descrita no Termo de Verificação Fiscal, observa-se com uma clareza meridiana a existência de depósitos mantidos à margem da escrituração e tributação pela Recorrente, conforme comprovado nos autos e relatado na decisão da 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS.

Majoritariamente o recurso voluntário (uma copia da impugnação), fala a intermediação de serviço de frete, contudo não encontrei nos autos qualquer comprovação que à época dos fatos a Recorrente estivesse habilitada contratualmente para exercer os serviços de intermediação, nem tampouco comprovação dos pagamentos realizados. Mesmo assim, a contabilidade deveria ter espelhado tais operações, o que não aconteceu, segundo as informações dos autos. Na verdade, o lançamento de ofício restringiu-se à receita bruta omitida (depósitos bancários sem origem); e caberia a Recorrente comprovar as suas alegações; o que não o fez.

Desta forma e com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, não comporta restrições de qualquer ordem, sendo que é ônus exclusivo do contribuinte, comprovar e justificar a origem dos recursos movimentados em sua conta bancária, cabendo à autoridade fiscal tão somente relacionar os créditos e intimar regularmente o contribuinte.

Conforme se constata, a autoridade fiscal cumpriu as determinações da norma legal, efetuando ajustes nos valores e expurgando aqueles que foram considerados comprovados ou não representavam novo ingresso de recursos. Ou seja, durante todo o curso do processo, Cabia então a Recorrente, efetuar a comprovação demonstrando a origem dos créditos e depósitos, correlacionando-os eventualmente com a receita bruta já declarada e comprovando a origem um a um dos créditos/depósitos.

Verifica-se que tal propósito ficou sensivelmente prejudicado com a notória desorganização de sua escrituração e documentação, fato que evidentemente acabou voltando-se contra a própria Recorrente.

Observa-se que o Relatório de Ação Fiscal, constante das fls. 211 e seguintes, trouxe uma série de situações que, smj, não foram contestadas, até a presente data, pela Recorrente; até porque a questão é muito simples: Houve ou não omissão de receita? Em caso negativo caberia a Recorrente comprovar a origem e o destino de tais valores.

Mas, antes da minha resposta, faz-se necessário esclarecer que a fiscalização apurou omissão de receita apurada pelo confronto entre os valores das receitas registrados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAS mensais), entregues à Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Ou seja, a fiscalização utilizou do instituto da “prova emprestada”.

Deve-se ter em conta que, no direito processual civil, as provas, em princípio, são produzidas no processo (arts. 130 e 336 do CPC). O motivo de uma eventual rejeição da prova emprestada resulta unicamente do possível cerceamento ao direito de defesa da parte contra a qual é oposta. Dessa forma, a prova emprestada não poderia ser admitida nos casos em que devesse ser constituída no andamento do processo, sem a participação da outra parte ou sem se demonstrar que, nessas condições, pudesse ela ser reproduzida no próprio processo.

No caso do processo administrativo fiscal, a grande maioria das provas apresentadas pelo Fisco ocorre na fase oficiosa. O Decreto nº 70.235, de 1972, art. 7º, I, explicita que o procedimento fiscal inicia-se com a lavratura escrita do primeiro ato de ofício. Entretanto, a fase litigiosa inicia-se unicamente com a apresentação da impugnação de lançamento, conforme determinado no art. 15.

Dessa forma, tudo o que for apurado pela Fiscalização na fase instrutória do processo administrativo representa, em princípio, prova legítima. No presente caso, o empréstimo da prova, que resultou da própria Fiscalização, ocorreu antes do início da discussão administrativa, de forma que não resultou prejudicado o direito de defesa da interessada.

Portanto, é lícito à fiscalização federal valer-se de informações colhidas por outras autoridades fiscais para efeito de lançamento. A cooperação entre os entes tributantes é prevista em lei, nos termos do artigo 199 do Código Tributário Nacional, o qual prescreve que:

“Art. 199 - A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio”.

É claro que tal coleta de dados guarde pertinência com os fatos cuja prova se pretenda oferecer e deve ser dado ciência ao contribuinte para que ele exerça o seu direito de defesa. E, foi isso que aconteceu, a fiscalização utilizou-se de valores declarados pela Recorrente à Secretaria do Estado do Rio Grande do Sul nas GIA's, uma vez que estas eram manifestamente superiores às receitas declaradas à Receita Federal do Brasil.

Cabe salientar que os valores escriturados nas guias de informação de ICMS (GIA), declaradas pela interessada como retrato das informações contidas nos Livros Registro de Apuração de ICMS, presumem-se verdadeiros. Caberia, pois, à Recorrente provar o contrário, com elementos objetivos, o que não foi feito.

Outrossim, o que se verifica é que as provas do fisco estadual trazidas à colação serviram apenas de indício para que o Fisco federal procedesse com suas próprias diligências. E esse último o fez, na medida em que solicitou a recorrente todos os livros contábeis e fiscais e documentos que os lastreariam; bem assim empreendeu novas intimações a título de se comprovar as diferenças levantadas.

Como a Recorrente não apresenta explicações e documentos para justificar as diferenças apuradas pela fiscalização, entre as receitas declaradas na "GIA's" e na DIPJ's, esta constatação constituiu prova suficiente para evidenciar a omissão de receita. Pelo contrário, não traz um único caso concreto, uma única prova de que a base de cálculo utilizada pelo fisco não corresponderia à receita bruta tributada.

Na verdade a Recorrente silenciou sobre os argumentos do Relatório de Ação Fiscal; e, na falta de outros elementos, o fisco pode utilizar o total das movimentações para fins de determinar a base de cálculo na hipótese de omissão de rendimentos. Desta forma, pela ausência de documentos que possam contestar a omissão de receita e a consequente imputação tributária, não vejo como reparar a decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS.

Entendo que a Recorrente não observou que um dos princípios que lastreiam o processo administrativo fiscal é o Princípio da Legalidade, também denominado de legalidade objetiva. Tal princípio determina que o processo deverá ser instaurado nos estritos ditames da lei. Ou seja, na administração privada se pode fazer tudo que a lei não proíbe; já na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza expressamente, como forma de se atender as exigências do bem comum. Em suma enquanto que para o particular a lei significa "pode fazer assim", para o Administrador público significa "deve fazer assim", a atividade administrativa é plenamente vinculada, é regrada pelos limites impostos pela própria lei.

E, foi com base nesse princípio que a autoridade fiscal solicitou a Recorrente que comprovasse a origem dos recursos depositados em sua conta corrente e que não tinham sido levados a tributação.

Veja que poderia a Recorrente juntar suas alegações antes do julgamento da DRJ ou deste Conselho, tendo em vista que a prova no processo Administrativo Fiscal é de fundamental importância e deveria ser criteriosamente produzida pela Recorrente nesses 446 (quatrocentos e quarenta e seis) dias entre a intimação originária para apresentar os documentos e o presente julgamento. Isso porque é através da prova o julgador administrativo forma sua convicção.

Diante deste fato se poderia perguntar: “Qual o momento para a apresentação das provas no PAF?”. A resposta encontra-se inserta nos Artigos 3º e 38 da Lei 9.784/99, a seguir transcrito:

“Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; (...)”

“Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”

E, caso tenha alguma dúvida o Art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, assim determina:

“Art. 16 (...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)”

Diante da legislação acima, é importante acentuar que a responsabilidade pela comprovação da verdade material caberia a Recorrente; e, para isso deveria buscar na legislação de regência o substrato legal para juntar as provas que entendesse como necessárias a defesa da conduta realizada; e, isso não o fez!

Portanto, só restou à autoridade fiscal, então, arbitrar o lucro, com fundamento no artigo 530, inciso III do RIR/1999, abaixo transcrito:

“Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;”

Dessa forma, o arbitramento deve ser mantido e aproveitamento de dados declarados ao Fisco Estadual.

Ultrapassado esse ponto, somente por dever de ofício, passo a me ater a questão da multa qualificada, com um percentual de 150%. Neste ponto, tenho que concordar com os argumentos da 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS que afirmou com muita propriedade: *“O contribuinte declarou a menor, expressivos valores de receita durante o período de 01/01/2007 a 31/12/2008. Esses procedimentos configuram, sem dúvida, a intenção dolosa na sua conduta com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, ou de excluir ou modificar as suas características, enquadrando-se nas hipóteses previstas nos art. 71 (sonegação) e 72 (fraude) da Lei nº 4.502, de 1964. Esse ‘animus’, vontade de querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo, ficou evidenciado e demonstrado nos autos, não podendo ser considerados meros erros de ordem material, sem a caracterização de qualquer intuito fraudulento, posto que não se tratam de atos isolados, mas reiteradamente praticados pelo contribuinte em todos os meses dos ano-calendário de 2007 e de 2008”.*

Ou seja, sempre defendi, nos colegiados que participei, que para a aplicação da Multa Qualificada deve ficar nitidamente configurada, de uma maneira cristalina, a prática reiterada de ações durante todo o ano calendário (ou mais de um), que tenham como objetivo **mascarar a obrigação tributária principal**, quando a escrituração do sujeito passivo demonstra que este conhecia o real valor a recolher, constitui ação dolosa que implica qualificação da multa de ofício.

Isso porque, a qualificação da multa depende da existência e demonstração da conduta prevista em lei por parte do sujeito passivo, conforme determina o art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, a seguir transcrito:

“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”.

Pela leitura do dispositivo acima, fica claro que há necessidade de existência e demonstração, pois o lançamento deve ser devidamente motivado, do evidente intuito de fraude. Essa é a posição dos arts. 71 a 73 da Lei nº. 4.502/1964, “*verbis*”:

“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”.

Assim, cabe ao Fisco apresentar os elementos que ensejaram a qualificação da multa e, demonstrar claramente a reiteração da conduta da Recorrente. E, nos autos, smj, a fiscalização conseguiu comprovar as duas características que entendo serem pressupostos validadores na ação do sujeito passivo para a qualificação da multa, quais sejam:

- (i) O pressuposto evidente - Quando a fiscalização comprova a qualidade daquilo que não admite dúvida; e,
- (ii) O pressuposto intuito – Quando o propósito na realização de um ato visa esconder ou minimizar o fato gerador da obrigação tributária.

Ou seja, pela leitura do Relatório de Ação Fiscal, constante das fls. 211 e pela ausência de fatos que contradigam os argumentos ali postos, fica comprovada, de forma cabal, com absoluta certeza, que o propósito da Recorrente era, ao praticar o ato, de impedir o conhecimento do Fisco para reduzir o tributo devido.

Esse é o entendimento Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, quando do julgamento do Processo nº. 10247.000157/2004-38, pela 6ª Câmara do antigo Conselho de Contribuintes, consubstanciado através do Acórdão nº. 10617.015, que peço vênia para reproduzir:

“(...)Primeiro, deve-se discutir a pertinência da qualificação da multa de ofício. Quando das infrações aqui em comento, tinha vigência o art. 44 da Lei nº 9.430/96, em sua redação original.

Nessa época, aplicava-se a multa qualificada 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.

Assim, mister verificar se a conduta estampada nos autos pode se subsumir aos tipos abstratos da qualificação previstos no art. 44 da Lei nº 9.430/96, ou seja, se

está comprovado o evidente intuito de fraude, como definido nos arts. 71, 72, 73 da Lei nº 4.502/1964.

A autuação tomou por base uma presunção de omissão de rendimentos. O recorrente não fez qualquer prova da origem dos depósitos bancários. Por fim, nos autos, não se descobriu a origem dos depósitos bancários.(...)

Poderia, entretanto, a conduta dos autos se subsumir à sonegação, que é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do imposto de renda ou das condições pessoais do contribuinte. No caso de sonegação, mister explicitar claramente o fato gerador do imposto sonegado, com as condutas dolosas que impediram ou retardaram o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte. A partir de uma presunção legal de ocorrência de um fato gerador do imposto, não podemos afiançar que o contribuinte agiu com dolo, no intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, notadamente porque a conta bancária era movimentada pelo recorrente, sem nenhuma interposição de pessoa, ou fraude a esconder o real beneficiário dos depósitos. Toda a movimentação bancária foi feita às claras.

Por óbvio, considerando as gravíssimas consequências da qualificação da multa, que ultrapassam a questão pecuniária, adentrando no terreno do direito penal tributário, não pode o evidente intuito de fraude ser presumido. (...)

Para qualificar a multa, mister comprovar com elementos hábeis e idôneos o evidente intuito de fraude. Mera presunção da omissão de rendimentos a partir de depósitos bancários de origem não comprovada não justifica a qualificação da multa de ofício. Deve-se ressaltar que a decisão acima está em consonância com a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, balizada pela Súmula 1ºCC nº 14: ‘A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo’.

Como exemplo da jurisprudência do Conselho na matéria, colaciona-se a ementa do Acórdão nº 10422619, unânime para desqualificar a multa de ofício, sessão de 13/09/2007, relator o conselheiro Nelson Malmann, verbis:(...)

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS DO ÔNUS DA PROVA – As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

SANÇÃO TRIBUTÁRIA MULTA QUALIFICADA JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE – Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, para que a multa qualificada seja aplicada, 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 apuração de depósitos bancários em contas de titularidade do contribuinte cuja origem não foi justificada, independentemente da

forma reiterada e do montante movimentado, por si só, não caracteriza evidente intuito defraude, que justifique a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº. 9.430, de 1996. Recurso parcialmente provido”.

Desta forma, entendo que a conduta da Recorrente aponta para o intuito consciente e deliberado de omitir receita para reduzir a sua base tributável. Nessas condições, vejo configurada a hipótese do art. 71 da Lei nº 4.502/1964, a seguir transcrito:

“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”.

Já no que se refere à alegada inconstitucionalidade levantada pela Recorrente, aplica-se a Súmula Carf nº 2, assim redigida:

“Súmula Carf nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Assim, voto por negar provimento ao recurso de ofício e assim manter a exoneração no montante de “R\$ 1.799.960,40 de crédito tributário exigido concernente ao erro material nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL do primeiro trimestre de 2008”; já em relação ao recurso voluntário tendo sido comprovado nos autos que a Recorrente, deliberadamente agiu a margem da legislação visando omitir ou reduzir a base tributável de forma reiterada voto no sentido de manter integralmente a decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ/Porto Alegre-RS em todos os seus termos, ratificando a imposição tributária referente a os lançamentos relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS e mantendo-se a multa qualificada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento).

Sérgio Luiz Bezerra Presta
Relator
(assinado digitalmente)

Processo nº 11040.721414/2011-87
Acórdão n.º **1103-000.823**

S1-C1T3
Fl. 432

CÓPIA