



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

Processo n° 11516.007242/2008-04
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.611 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria CSLL/ARBITRAMENTO/OMISSÃO RECEITA
Recorrente INDUSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS CHICO'S LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2004, 2005

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Nos termos do art. 16, III, do Decreto n° 70.235, de 1972, a impugnação deverá conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir, sob pena de não ser conhecida.

Nos termos do art. 17 do Decreto n° 70.235, de 1972, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

LEI TRIBUTÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A Súmula CARF n° 2 pacificou o entendimento de que este tribunal administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Não se revela necessária a realização de perícia quando os elementos constantes dos autos do processo são suficientes para formar a convicção do julgador. O indeferimento de pedido de perícia, que tenha por objetivo a demonstração de elementos, cujo ônus da prova é do contribuinte, não pode ser tomado como cerceamento do direito de defesa.

OMISSÃO DE RECEITA. TRIBUTAÇÃO. LUCRO PRESUMIDO.

Havendo a Recorrente optado pela tributação com base no lucro presumido, verificada a omissão de receita, correto o procedimento fiscal da autoridade tributária em determinar o valor do IRPJ e CSLL, aplicando sobre a receita bruta os percentuais correspondentes a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica. Inclusive, a base de cálculo da Contribuição para o PIS e Cofins é a receita bruta mensal decorrente da venda de produtos e serviços, apurada em procedimento de ofício.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. INTUITO DOLOSO.
AUSÊNCIA DE PROVA.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Aplicação das súmulas CARF nºs 14 e 25.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes- Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por meio dos Autos de Infração acostados às folhas 306 a 354, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as importâncias de R\$ 669.496,41, a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, de R\$ 160.212,56 a título de Contribuição para o PIS/Pasep, de R\$ 739.443,07 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e de R\$ 266.199,51, a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, acrescidas de multa de ofício de 75% ou 150%, conforme o caso, e encargos legais devidos época do pagamento, referentes aos fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos calendário de 2004 e 2005.

Em consulta à "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)", às folhas 318, e ao "Termo de Verificação e de Encerramento de Fiscal" às folhas 410 a 424, verifica-se que a autuação se deu em razão de:

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte não realizou, no período fiscalizado, a escrituração contábil em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, do Livro Razão, Diário ou Caixa, incluindo a movimentação financeira, sujeitando-se ao arbitramento, pela aplicação do Artigo 530, inciso II, alínea a, incisos III e IV do RIR/99, cujos fatos geradores estão descritos no Termo de Verificação Fiscal anexo, o qual é parte integrante e indissociável do presente Auto de Infração.

O arbitramento teve como base a receita bruta conhecida, informada nas Declarações de Rendimentos (DIPJ) dos anos calendário de 2004 e 2005 e, ainda, foram tributados, como omissão de receitas, os depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art.42 da Lei 9.430/96 (art.849 do RIR/99) consignado no Auto (fl.320) e detalhadamente descrito no Termo Fiscal, item 3.1. Depósitos bancários de origem não comprovada, os quais encontram-se individualizados na RELAÇÃO DE CRÉDITOS NAS CONTAS BANCÁRIAS, as fls.355 a 415.

Do Termo de Verificação Fiscal (fl.419), extrai-se, em resumo:

2. Da Auditoria Fiscal e do Arbitramento

Em razão da inexistência de registros contábeis que atendam a legislação que rege a matéria e não cumpridas as obrigações acessórias estabelecidas às empresas optantes pelo Lucro presumido, estabelecidas no art. 527 do RIR/99, não prevendo a legislação tributária alternativa diversa ao arbitramento, quando verificadas hipóteses como as do art.530, inciso II, alínea 'a', inciso III e inciso IV do mesmo RIR/99, como na empresa objeto da auditoria-fiscal.

3. Da Apuração do Crédito Tributário

Os itens 3.1 e 3.2 a seguir descrevem as infrações, cujos lançamentos são feitos de ofício em Auto de Infração e encontram-se demonstradas às fls.318 e 320, respectivamente.

3.1. Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada

3.2. Receitas Operacionais Declaradas — Venda de Produtos

4. Da Multa de Ofício e da Multa de Ofício Agravada

Em relação aos valores lançados na infração descrita em 3.1, o percentual da multa é duplicado para 150% , com base no § 1º do mesmo art.44 da lei nº 9.430/96 (na redação atual) em decorrência da prática reiterada de omissão de receitas pela fiscalizada.

A contribuinte apresentou sua impugnação as folhas 428 a 434, nas quais expõe suas razões de irresignação que a seguir se resume:

- que o autuante entendeu que deliberadamente a empresa omitiu receita dentro das prerrogativas legais (fraude, dolo ou simulação), arbitrando além dos tributos segundo ele omitidos, multa de 150%:

- que em momento algum a empresa fiscalizada teve o interesse em omitir receita, desconhecendo a necessidade de informar as movimentações bancárias como inclusive relatado por um de seus sócios como também o próprio contador afirmou inexistir o controle destes valores lançados em sua movimentação bancária;

- que para aplicação de tal multa, faz-se necessário a constatação de fraude, dolo ou simulação, que de fato não fora praticado pela empresa, que pretende saldar o crédito elucidado no MPF;

- em verdade não se trata de omissão reiterada, e sim da continuidade de uma operação que tinha por premissa o recolhimento dos tributos na modalidade lucro presumido, desconhecendo a necessidade de feitura de livro contábil próprio que destacasse as movimentações bancárias;

- que a incidência da CSLL no IRPJ encontra uma dicotomia ainda a ser apreciada pelo STF, motivo pelo qual deve ser suspensa a sua cobrança e extirpada do montante devido para que a empresa realize o adimplemento dentro das prerrogativas legais;

- que lhe seja arbitrada a multa em apenas 75%, descaracterizando-se a reiteração da omissão, por não ter sido, como exposto, por fraude, dolo ou simulação, concedendo-lhe a anistia em razão do arbitramento da multa;

- caso assim não entenda, requer o parcelamento do débito em 180 meses, concedendo-lhe 40% de desconto sobre o valor de todas as multas arbitradas, porém que seja descaracterizada sua majoração, por não ter sido a ação originária do crédito por meio de fraude, dolo ou simulação;

- das fls.429 a 431 reclama da ilegalidade da taxa SELIC;

- das fls.431 a 432, reclama que a aplicação da multa fere principio da capacidade contributiva e das fls.432 a 433, pugna pela anistia da multa de 150% em razão de ser a primeira e única infração que possui a recorrente;

- que o STF vem julgando um recurso sobre a dedução da CSLL da base de cálculo para a apuração do IRPJ; que o assunto envolve a constitucionalidade da Lei 9.613/96, em seu art.1º que proibiu a dedução do valor na base do IRPJ;

Tendo em vista que a impugnação fora parcial, a DRF de Florianópolis/SC providenciou a intimação à Interessada do crédito tributário não impugnado (valores de IRPJ, PIS e COFINS com multa de ofício de 75%, ai incluídos os valores gravados com multa de 150%, então cobrado com a multa reduzida para 75%), conforme despacho de fls.441/442.

Dai em diante a Interessada solicitou pedido de parcelamento em condições que foram indeferidas, tendo o crédito tributário não impugnado sido transferido para o processo 11516.000250/2009-01, de forma que permanece em litígio apenas o valor da CSLL e a multa de ofício aplicada no percentual de 150%, esta para todas as exações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Alegações trazidas na peça recursal, o essencial para decidir:

Com base nestas importantes lições, denota-se o evidente equívoco cometido pela Recorrida ao se prender na argumentação de que a não comprovação, pela Recorrente, da origem dos depósitos ou créditos bancários ou mesmo a suposta não escrituração contábil em boa ordem, por si sós, autorizariam a imputação de omissão de receita e, portanto, todos os valores não comprovados deveriam ser incluídos na base de cálculo do imposto sobre a renda.

Ainda que regular e legítimo o lançamento levado a efeito contra a Recorrente — o que, a bem da verdade, não o foi, cujas (i)legalidades e (in)constitucionalidades serão abordadas com maior profundidade mais adiante, não poderia a Recorrida considerar valores que não constituem, nem de longe, riqueza nova ou acréscimo patrimonial.

Em vista disso, por não se enquadrarem no critério material do imposto sobre a renda, não há que se falar em incidência deste imposto, porquanto ausente, parafraseando FABIANA DEL PADRE TOME, o nexó lógico entre o fato provado e o probando (...).

Nobres julgadores, o lançamento tributário, da forma como precedido, não pode subsistir, eis que carreado por meros indícios. A ausência de provas documentais, por si só, não permite a imputação da prática de omissão de rendimentos, pois, tratando-se de ilícito tributário, não obstante ser ônus do contribuinte demonstrar que nada cometeu, antes, é DEVER da administração provar a ocorrência de tal ilícito.

Ademais, por estar o lançamento tributário ora impugnado, embasado em normas de duvidosa legalidade e inconstitucionalidade, todas as matérias aqui suscitadas, ainda que não aventadas em primeira instância, podem (e devem) ser alegadas e apreciadas a qualquer momento ou instância, primando-se assim, pela plena e eficaz prestação jurisdicional administrativa, em evidente respeito a justiça fiscal.

Postas estas breves considerações, mas não menos importantes, passemos às demais matérias de fundo que fundamentam e complementam a irresignação da Recorrente.

II) DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

II.I- Da não caracterização de omissão de receitas.

II.II) Da Impossibilidade de lançamento com base em meros indícios.

II.III) Da ausência de provas.

II.V) Da indevida inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS de valores estranhos aos conceitos de faturamento e receita.

IV) DA POSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO DE NORMA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO JULGADOR.

Com relação aos itens acima relacionados no recurso voluntário, a ora recorrente após breve dissertação sobre “Fato Gerador e Obrigação Tributária”, em breve síntese, aduz:

Com base nisso, fundamental é a constatação do lucro em favor do contribuinte dentro das circunstâncias de fato previamente descritas em lei, atendendo, dessa forma, o princípio da legalidade consagrado pelo Direito Tributário.

Considere ainda que o nosso sistema tributário veda expressamente a interpretação ampliativa ou extensiva da disposição literal da norma tributária, e qualquer pretensão de alargar ou até mesmo desvirtuar o conceito de renda constitucionalmente pressuposto recai em flagrante ilegalidade.

Assim, conclui-se que, não havendo lucro e, conseqüentemente, ausente qualquer acréscimo patrimonial em decorrência das supostas movimentações financeiras levantadas pelo sr. Auditor Fiscal, não há que se falar em obrigação tributária, muito menos em crédito tributário exigível e, por via de conseqüência, nem mesmo reflexos.

[...]

O lançamento de ofício, realizado pela Recorrida, baseou-se em dados indiciários, que não refletem a real situação da Autuada, ora Recorrente. É notável que o lançamento fiscal concretizado em presunções ou meros indícios factuais distorce a realidade da capacidade contributiva da impugnante.

[...]

O consubstanciamento do auto de infração não pode ficar a mercê de provas baseadas em depósitos bancários, donde não se pode cogitar, e até mesmo afirmar, a existência de qualquer irregularidade cometida pela Recorrente, posto não estar comprovado o aumento do patrimônio da Autuada.

Os depósitos bancários, por não evidenciarem disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou proventos, fato gerador do imposto, não servem de base para arbitramento do imposto de renda.

Cita doutrina e jurisprudência relativa à omissão de receita (art. 42 da Lei 9.430/96) e a quebra do sigilo bancário.

Da leitura dos autos, até este ponto, constata-se com toda clareza que as alegações acima foram trazidas, tão somente, na peça recursal, não tendo sido ventiladas na impugnação, peça esta que tão somente ostentou argumentos acerca apenas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido/CSLL, a qualificação da multa de ofício, aplicada para as exações e relativas aos juros de mora (Taxa Selic).

Nos termos dos artigos 16 e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, a matéria não expressamente contestada na impugnação é considerada não impugnada, não podendo dela conhecer o colegiado de segunda instância. Desta forma, não podem ser apreciadas.

As supostas violações a princípios constitucionais também são de cognição vedada com base na Súmula Carf nº 02, *verbis*:

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

Prosseguindo na apreciação dos elementos da peça recursal temos:

II.IV) Da indevida inclusão da CSLL na base de cálculo do IRPJ e da sua própria base de cálculo.

Neste ponto a recorrente, em síntese, argumenta:

O art. 1º. da Lei nº 9.316/96 extrapolou os limites impostos pela Constituição e pelo Código Tributário Nacional, alargando indevidamente a base de cálculo do IRPJ.

Estando maculados os lançamentos ora apontados pela incorreta inclusão na base de cálculo do IRPJ parcelas relativas a CSLL, inclusive, da sua própria base de cálculo, não há que se impor à Recorrente o pagamento destas exações, cuja autuação, neste ponto, carece de legalidade e inconstitucionalidade, viciando, por consequência, o auto de infração em questão, motivo pelo qual deve ser completamente ANULADO.

Caso Vossas Senhorias entendam pela subsistência da autuação em questão, nos termos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, requer seja determinada a realização de diligência para que seja efetuada nova apuração dos valores lançados no auto de infração em questão, excluindo-se os valores que não deveriam integrar a base de cálculo do IRPJ supostamente devido.

Equívocada, ao meu ver, tais alegações. Como cediço, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro (CSLL), da contribuição para a seguridade social (COFINS) e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP).

Os lançamentos da CSLL, do PIS e da Cofins, em questão tiveram origem em matéria fática apurada na exigência principal, em que a fiscalização lançou crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

Portanto, decorrendo a exigência das contribuições do mesmo fato que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda, na medida em que não presentes elementos de prova a ensejar conclusão diversa.

Ademais, a lei expressamente prevê que as omissões de receita estão sujeitas ao lançamento de ofício, e que neste lançamento deve ser observada a forma de tributação a que for submetida a pessoa jurídica, portanto há plena e harmoniosa “convivência” entre o lucro arbitrado e a apuração de omissão de receitas.

No caso, a omissão está perfeitamente demonstrada pela autoridade fiscal e o arbitramento do lucro pela receita conhecida levou em conta o valor declarado em DIPJ e,

ainda, foram tributados, como omissão de receitas, os depósitos bancários de origem não comprovada que nada mais é valores referentes a recebimentos não vinculados a nenhuma nota fiscal.

Com relação ao pedido de realização de diligência para que seja efetuada nova apuração dos valores lançados, cabe dizer que no processo administrativo fiscal, vigora o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o que garante ao julgador, nos termos dos arts. 18 e 29 do Decreto nº 70.235/1972, a liberdade para formar a sua convicção, deferindo as diligências e perícias que entender necessárias ou indeferi-las, quando prescindíveis ou impraticáveis.

Nos expressos termos do citado art. 18 (redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993) o pedido de realização de perícia/diligência deve ser analisado se é considerado imprescindível à tomada de decisão para julgamento da lide, *verbis*:

Art. 18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessária, indeferindo as que considerarem prescindíveis ou impraticável, observado o disposto no art. 28, 'in fine'.

Como se percebe, o dispositivo consagra a idéia de que a prova produzida por meio da perícia ou da diligência, antes de qualquer outro motivo, tem como objetivo firmar o convencimento da autoridade julgadora, que pode ter a necessidade, em face da presença de questões de difícil deslinde, de municiar-se de mais elementos de prova. Os termos da norma **“quando entendê-las necessária, indeferindo as que considerarem prescindíveis ou impraticável”** estão claramente dirigidos à autoridade julgadora, que, apenas e tão somente quando julgar serem, diligências ou perícias, necessárias, as determinará.

A perícia, no caso em exame, é absolutamente prescindível e não existe nenhuma justificativa para sua realização, mesmo porque, o ônus da prova é do contribuinte, que teve oportunidade, durante todo o período, desde o início do procedimento fiscal até a fase impugnatória, de trazer aos autos os documentos probatórios necessários e não se desincumbiu a contento.

Portanto, mantenho o indeferimento da diligência.

III) DOS ACRÉSCIMOS E A CONSEQÜENTE LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

III.I) Da inconstitucional Taxa Selic.

Ressalto aqui, o seguinte fragmento da peça recursal:

“Resta clara a impossibilidade da utilização da taxa de referência SELIC, como taxa de juros moratórios para as multas aplicadas, já que a mesma não possui natureza indenizatória, própria dos juros moratórios, além de tratar-se de meio de remuneração e, não, de indenização, caso em que, se não observado tal fundamento, estar-se-ia configurado o locupletamento ilícito.”

No caso, com relação à exigência dos juros Selic, trata-se de matéria já pacificada neste Conselho, e objeto de súmula com o seguinte teor:

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.

III.II) Exacerbação na aplicação da multa. Violação ao Princípio do Não-Confisco. Entendimento Consolidado do STF.

Por fim, com relação a multa qualificada afirma a recorrente ter a mesma *“evidente caráter confiscatório e, mais ausente qualquer intenção de fraude ou dolo por parte do Recorrente, justifica-se a redução da sanção pecuniária, tudo, em atendimento do disposto na SÚMULA Nº 14 do 1º Conselho de Contribuintes, porquanto não caracterizado qualquer indicio de tentativa de fraude contra o Fisco por parte do Recorrente.”*

De início, cabe reprimir, que é entendimento consolidado neste Tribunal acerca da incompetência dos Conselheiros para reconhecer a inconstitucionalidade da lei tributária, consoante dispõe a súmula CARF n. 2, observe-se:

Súmula CARF n. 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

Assim, este órgão julgador é incompetente para analisar se a multa de ofício qualificada (150%) incidente sobre o valor do tributo é confiscatória, desproporcional ou irrazoável, pois para tanto é necessária a análise dos princípios constitucionais do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A exigência relativa a omissão de receita decorrente de depósitos bancários cuja origem não restou comprovada (art. 42 da 9.430/1996) é que teve a multa de ofício no patamar de 150%.

Nesta realidade erigida pelo legislador à condição de presunção legal, a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, isoladamente considerada, mas sim pela falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados. Ou seja, há uma correlação lógica estabelecida pelo legislador entre o fato conhecido (ser beneficiado com um depósito bancário sem demonstração de sua origem) e o fato desconhecido (auferir rendimentos), e é esta correlação que dá fundamento à presunção legal em comento, de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receitas ou rendimentos omitidos.

É a própria lei que determina que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimento, e não meros indícios de omissão. E a presunção legal, em favor do Fisco, tem o condão de transferir ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem dos recursos. A lei não faz qualquer distinção entre o fato de os depósitos estarem contabilizados ou não, apenas exige que o titular comprove a sua origem.

Conforme relatado, esta infração foi apurada pela fiscalização por confronto entre os valores declarados em DIPJs e depósitos bancários identificados e não comprovados, sob o fundamento de prática reiterada (AC de 2004: R\$ 9.683.386,00 X R\$ 11.559.054,46 e AC de 2005: R\$ 10.378.574,67 X R\$ 13.089.052,09).

A empresa, a rigor e em princípio não contesta a ocorrência desta omissão de receitas, ao contrário, a confirma, senão vejamos (excertos da impugnação):

- que em momento algum a empresa fiscalizada teve o interesse em omitir receita, desconhecendo a necessidade de informar as movimentações bancárias como inclusive relatado por um de seus sócios como também o próprio contador afirmou inexistir o controle destes valores lançados em sua movimentação bancária;

- que para aplicação de tal multa, faz-se necessário a constatação de fraude, dolo ou simulação, que de fato não fora praticado pela empresa, que pretende saldar o crédito elucidado no MPF;

- em verdade não se trata de omissão reiterada, e sim da continuidade de uma operação que tinha por premissa o recolhimento dos tributos na modalidade lucro presumido, desconhecendo a necessidade de feitura de livro contábil próprio que destacasse as movimentações bancárias.

Para se avaliar o cabimento da qualificação da multa de ofício, mister é que se interprete o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 – atualmente (art. 957, inciso II, RIR/1999):

Art.957. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44):

[...]

II de 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 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

A despeito do entendimento esposado pela recorrente de que não incorreu em crime de sonegação (fraude, dolo ou simulação), primeiramente cabe distinguir os ilícitos tributário e penal tributário.

Para que o sujeito passivo da obrigação tributária seja penalizado com a multa de ofício qualificada é necessário que o evidente intuito de fraude seja detectado. Ocorre que o legislador, a fim de evitar dissensões doutrinárias, definiu na própria lei o que entende por evidente intuito de fraude lançando mão às figuras descritas em outra norma: nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº4.502/64.

Portanto, a imposição da multa qualificada decorre de conceituação legal e desta não pode fugir da aplicação, a Autoridade Fiscal. Considera-se, pela norma tributária, evidente intuito de fraude, *lato sensu*, as hipóteses descritas nos artigos a seguir transcritos:

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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Observe-se que esta Lei também não é de natureza criminal, mas tributária, portanto não se pode cogitar do termo nela referido 'sonegação' como um crime. A propósito, as figuras delitivas vinculadas à supressão ou redução de tributo de forma dolosa, no aspecto penal, estão previstas na Lei nº 8.137 em vigor desde 1990 — Crimes contra a Ordem Tributária e as Leis que tratavam dos **crimes** de sonegação fiscal e da apropriação indébita já foram revogadas.

Seguindo o raciocínio ora esposado, se a ação, ou omissão, do sujeito passivo se enquadrar numa das figuras descritas acima, por força **de lei**, o agente fiscal deve aplicar a qualificação da multa, não estando à sua escolha aplicar ou não a norma tributária.

No presente caso, compulsando o Termo de Verificações Fiscais (fls.416/429.) para explicar as conclusões sobre este tópico, confirma-se que a qualificação da multa de ofício aplicada deu-se em razão da presunção de omissão de receitas (confronto entre a receita declarada em DIPJ e a apurada com base nos extratos bancários depurados com as exclusões devidas) sob o fundamento de prática reiterada. Constata-se, inclusive, que a empresa recorrente apresentou parcialmente “Relação de Lançamento de Créditos e Planilha de Cheques Devolvidos e Redepositados além de Empréstimos Contraídos” (Quadro Demonstrativo de fls. 421).

Observo que não se encontram, no caso sob análise, circunstâncias que poderiam firmar a convicção sobre o intuito doloso, tais como, por exemplo, contas mantidas em nome de terceiros, ou contas que representassem a totalidade, ou quase totalidade, da movimentação bancária. Por outro lado, o Fisco não aprofundou as investigações com o objetivo de comprovar, ao menos em parte dos casos, que os valores creditados nas referidas contas adviriam efetivamente de receitas não submetidas à tributação. Se, mesmo sem essa prova, a presunção legal é suficiente para manter a exigência do principal, considero que o mesmo não ocorre com a multa. Ou seja, a fiscalização com base nestes dados tributou a receita omitida e não indicou elementos que pudessem vir a caracterizar o evidente intuito de fraude por parte da recorrente.

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou as Súmulas nºs 14 e 25 que devem serem aplicadas no caso em apreço:

Súmula CARF 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.

SÚMULA Nº 25 do CARF: 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

Em se tratando de matéria sumulada por este órgão, fica vedado a esta turma divergir do enunciado, nos termos do artigo 72, *caput*, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ricarf (Portaria MF nº 256/09):

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Destarte, a multa de ofício aplicada nos lançamentos tributários deve sofrer a redução para o percentual regular de 75%.

Em conclusão, por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidades do lançamento, mantenho o indeferimento ao pedido de perícia e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator