



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 16408.001105/2006-37
Recurso nº 158.327 Voluntário
Matéria IRPJ e reflexos
Acórdão nº 101-96.920
Sessão de 18 de setembro de 2008
Recorrente Altvir Miranda e Cia Ltda.
Recorrida 1ª Turma/DRJ – Curitiba - PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Anos-calendário: 2003, 2004 e 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE - INEXISTÊNCIA - Os autos de infração foram lavrados por autoridade competente e o direito de defesa do contribuinte sempre lhe foi garantido, nos termos do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NECESSIDADE - A constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício é medida que se impõe ante a inexistência de lançamento por homologação, através do qual deveria o contribuinte ter apurado, declarado e pago seu débito.

MULTA DE OFÍCIO – QUALIFICAÇÃO – presente o evidente intuito de fraude é correta a qualificação da multa de ofício aplicada, no percentual de 150%.

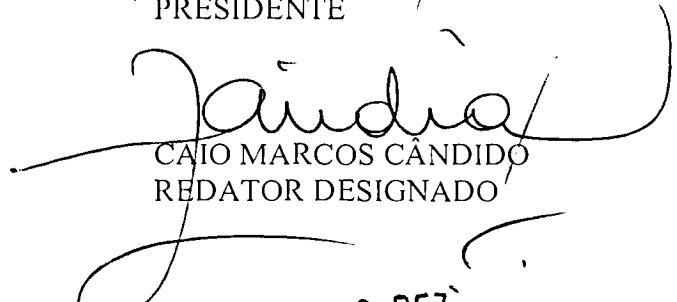
MULTA - NATUREZA CONFISCATÓRIA - “O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” (Súmula n.º 02).

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, 1) Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade; 2) Pelo voto de qualidade NEGAR provimento ao recurso, vencidos os João Carlos de Lima Junior (Relator), José Ricardo da Silva e Aloysio José Percinio da Silva, que davam provimento PARCIAL para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Caio Marcos Candido.


ANTONIO PRAGA
PRESIDENTE


CAIO MARCOS CÂNDIDO
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 23 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sandra Maria Faroni, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente da Câmara) e Antonio Praga (Presidente da Câmara).

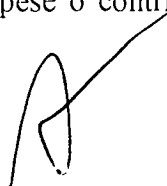


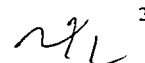
Relatório

Trata-se de autos de infração e imposição de multa relativos ao IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS, COFINS) lavrados pela DRF de Ponta Grossa/PR, referentes aos anos-calendários de 2.002, 2.003 e 2.004 (fls. 494/540), cujo crédito tributário exigido à época perfazia a soma total, incluindo juros e multa, de R\$ 1.148.290,67 (Um milhão, cento e quarenta e oito mil, duzentos e noventa reais e sessenta e sete centavos).

No que tange ao IRPJ e à CSLL, a autuação relacionada ao 2º, 3º e 4º trimestre do ano-calendário de 2.002 deu-se em razão da falta de declaração e recolhimento dos mencionados tributos com base no lucro presumido. Isto porque, em que pese o contribuinte tenha entregue a DIPJ em abril de 2.003 como optante pelo lucro real, anteriormente a tal ato já havia entregue a DCTF referente ao 1º trimestre/2002, confessando tais débitos sob o código de arrecadação do lucro presumido (2089 e 2372), manifestando assim sua opção irretratável por tal sistema, nos termos do artigo 26, § 1º da Lei n.º 9.430/96.

Já em relação aos anos-calendários de 2003 e 2004, a autuação se deu por omissão de receita, conforme divergências apuradas pelo sr. agente fiscal entre os valores declarados na DIPJ com base no lucro presumido e os constantes da escrituração da empresa. Apurou-se que o contribuinte somente declarou e pagou tributos sobre 10% do total de suas receitas brutas mensais. Diante disso, em que pese o contribuinte tenha retificado as DIPJs



 2

referentes ao mencionado período, como tal ato somente se deu após o início da ação fiscal, elidindo assim a espontaneidade, foi aplicada a multa qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/96.

O lançamento de ofício relacionado ao PIS (julho a novembro/03 e 2004) e à COFINS (julho a dezembro/03 e 2004) decorre da discrepância entre os valores das receitas brutas declarados em DIPJ e correspondentes tributos confessados na DCTF, com os valores constantes da escrita fiscal. O contribuinte ofereceu à tributação apenas 10% de sua receita bruta total, resultando assim na insuficiência de pagamento e, ainda, na aplicação da multa qualificada de 150%, nos exatos termos do exposto acima quanto ao IRPJ e à CSLL.

Em 27/10/2006 o contribuinte foi cientificado dos autos de infração lavrados (fls. 495, 507, 519 e 530), sendo que em 27/11/2006 apresentou, tempestivamente, sua impugnação de fls. 544/564, trazendo, em síntese, as alegações a seguir descritas.

Preliminarmente, alega nulidade dos lançamentos efetuados, uma vez que não participou do procedimento administrativo e tampouco das diligências fiscais, o que impossibilitou sua defesa prévia, através da apresentação de provas cabíveis, em flagrante ofensa à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório inserta no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

No mérito, alega que o crédito tributário constituído pelo Fisco não pode prosperar, eis que não se trata de lançamento de ofício, mas sim mera cobrança, posto que sua contabilidade tem registro de todos os tributos devidos.

Questiona a multa de ofício de 150% aplicada sobre os tributos referentes aos anos calendários de 2.003 e 2.004, argumentando que não foi praticado nenhum ato visando ocultar a ocorrência do fato gerador, tanto que o lançamento reflete sua escrituração. Argumenta, ainda, que sequer a multa de 75% deveria ser aplicada, mas sim, apenas, multa de mora, vez que nada foi feito às escondidas. Assevera ainda a natureza confiscatória da multa de 150%. Em continuidade, transcreve comentários do Conselho de Contribuintes sobre mencionado tema.

Finaliza sua impugnação requerendo a improcedência dos autos de infração ou que, alternativamente, seja considerada indevida a multa qualificada de 150%.

Posteriormente, os autos foram remetidos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PR para apreciação da defesa, que, por unanimidade de votos, julgou procedente os lançamentos efetuados (fls. 567/574).

Primeiramente, a DRJ afasta a preliminar de nulidade do processo administrativo por cerceamento de defesa, sob a fundamentação de que as nulidades tratadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 não estão caracterizadas nos autos lavrados pela DRF de Ponta Grossa/PR.

Explicita, ainda, que a garantia constitucional da ampla defesa inserta no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal só se aplica administrativamente em matéria de processo fiscal após o lançamento efetuado pela autoridade administrativa.

Por fim, destaca que o contribuinte teve ciência do início do procedimento fiscal e foi intimado de todos os lançamentos advindos (fls. 495, 507, 519 e 530), caracterizando, assim, sua participação em todo o procedimento.

Quanto à alegação de mérito de que os autos lavrados tratam apenas de cobrança e não de lançamento de ofício, entende a DRJ que há equívoco do contribuinte, vez que a cobrança aludida é procedimento que só abrange valores declarados e confessados, sendo que o caso em tela envolve diferenças apuradas em procedimento fiscal e que não foram espontaneamente declaradas e confessadas. Ressalta, ainda, que no ano-calendário de 2.002 o contribuinte nada apurou a título de IPRJ e CSLL nos 2º a 4º trimestre e, ainda, que em 2.003 e 2.004 limitou-se a declarar, apurar e recolher valores correspondentes a 10% de seu faturamento.

No que tange ao pleito do contribuinte de redução da multa de ofício, o acórdão de 1ª instância decide por mantê-la, argumentando que é nítido o intuito de fraude daquele.

Fundamenta, em suma, que a fraude se caracterizou pela apresentação espontânea de declarações com valores irrisórios, tanto pela DIPJ quanto pela DCTF, somente retificadas após iniciado o procedimento fiscal na tentativa de se beneficiar da espontaneidade.

Por fim, entende a DRJ que toda a conduta apresentada pelo contribuinte demonstra evidente intuito de fraude e de tentar furtar-se da tributação, devendo os autos de infração lavrados permanecer incólumes.

Intimada da decisão em 13/12/2007 (fls.579), a Recorrente apresentou Recurso Voluntário no dia 12/03/2007 (fls. 580/603) reiterando as razões expostas na impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR, Relator

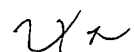
Alega o contribuinte a nulidade do auto de infração pelo fato de não ter sido previamente intimado pela Secretaria da Receita Federal para que pudesse prestar esclarecimentos e produzir as provas necessárias.

De início, cumpre esclarecer que o Decreto n.º 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal, assim dispõe sobre os casos de nulidade em seu artigo 59:

“Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”



Denota-se, assim, que a preliminar apresentada pelo contribuinte não se enquadra em qualquer dos itens acima citados, pois os autos de infração foram lavrados por autoridade competente e o direito de defesa sempre lhe foi garantido, não havendo razão alguma para se declarar a nulidade dos lançamentos efetuados.

Por oportuno, deve-se ressaltar que somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura a fase litigiosa entre o fisco e contribuinte, sendo descabido cogitar-se de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória que antecede o lançamento.

No caso em análise, após a lavratura dos autos de infração o contribuinte foi regularmente intimado através de ciência nos próprios autos, ocasião em que lhe foi concedido o prazo legal de 30 dias para pagamento ou interposição de defesa, sendo-lhe permitido fazer prova de todos fatos necessários, a fim de elidir a ação fiscal.

Por não concordar com os créditos tributários constituídos pela autoridade fazendária, o contribuinte apresentou tempestivamente sua impugnação, momento em que alegou diversas razões de direito para afastar as respectivas obrigações tributárias, denotando-se que compreendeu plenamente os motivos que ensejaram sua autuação.

Neste sentido, assim já decidiu este E. STJ:

“PRELIMINAR - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não há que se cogitar em nulidade do lançamento de ofício lavrado de acordo com o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, quando, no decorrer da fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, que se instaura com a impugnação, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, é dada ao contribuinte a possibilidade de exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, a atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142, § único, do CTN. (...)

Recurso negado.” (Recurso 150.890, Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, sessão realizada em 24/01/2007, relator Gonçalo Bonet Allage) (grifos nossos)

Desta forma, pode-se concluir que a garantia constitucional da ampla defesa, no âmbito do processo administrativo fiscal, restou plenamente observada e cumprida.

Por sua vez, a necessidade de ser previamente intimado para prestar esclarecimentos sobre as declarações apresentadas, conforme disposto no artigo 7º da Lei n.º 10.425/02, refere-se apenas aos casos de descumprimento de obrigação acessória, ou seja, quando o contribuinte deixa de apresentar as declarações fiscais a que está legalmente obrigado, ou o faz fora do prazo, bem como quando as entrega com incorreções ou omissões, o que não se aplica ao caso em análise, vez que o contribuinte não deixou de apresentar qualquer declaração, mas, pelo contrário, durante o período fiscalizado entregou todas as DCTFs e DIPJs considerando apenas 10% de sua receita bruta mensal.

Desta forma, ante a inexistência de qualquer nulidade, passo à análise do mérito.

Inicialmente, alega o contribuinte que os autos lavrados tratam apenas de cobrança e não de lançamento de ofício, eis que sua contabilidade tem registro de todos os tributos devidos.

Não merece prosperar tal assertiva. No caso em tela o contribuinte, no ano-calendário de 2.002, nada apurou a título de IPRJ e CSLL nos 2º a 4º trimestre e, em relação aos anos-calendários de 2.003 e 2.004, limitou-se a declarar, apurar e recolher valores correspondentes a 10% de seu faturamento. Assim, a constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício é medida que se impõe ante a inexistência de lançamento por homologação, através do qual deveria o contribuinte ter apurado, declarado e pago seu débito.

A Recorrente se insurgiu contra a multa qualificada que lhe foi aplicada pelo Fisco no percentual de 150% com base na presunção legal de omissão de receitas prevista no artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, vez que a empresa declarou, apurou e recolheu tributos nos anos de 2003 e 2004, com base somente em 10% de seu faturamento.

Para que seja aplicada a multa qualificada de 150% deve restar comprovada nos autos alguma das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64, senão vejamos:

"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.

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

Como se vê, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.

No presente caso, em que pese a Recorrente tenha declarado apenas 10% do seu faturamento realmente obtido, todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário estavam registradas nos seus livros contábeis e fiscais, os quais puderam ser analisados pelo agente fiscal sem qualquer dificuldade e serviram de base ao presente lançamento.

Ademais, inexistiu nos autos comprovação de que a Recorrente agiu dolosamente alterando ou ocultando informações com o intuito de impedir ou retardar a tributação e, ressalte-se, o evidente intuito de fraude não deve ser presumido e sim provado.

Neste sentido, vale transcrever entendimento manifestado por este E. Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 103-11.865:

"(...) para começo de abordagem, é sabido que indícios, data vênia, apenas, não são suficientes para demonstrar a ocorrência concreta de figuras como a simulação, a fraude, a sonegação.

Indícios, autorizam, quando muito, a presunção, assim mesmo, não para os tipos supra referidos. Admitem-se as presunções, assim mesmo, quando expressamente previstas em lei, para se concluir no sentido de que a lei a acolhe como base suficiente para o lançamento.

(...) Em direito, à guisa de princípio maior, tem-se assente que a simulação, a fraude, o conluio, etc., não se presumem.

(...) "

Ademais, não merece prosperar a alegação da Recorrente de que a exigência da multa qualificada no percentual de 150% ofende o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

Mister se faz salientar a incompetência deste E. Conselho de Contribuintes para adentrar no julgamento de questões referentes à inconstitucionalidade de lei, vez que se trata de competência constitucional exclusiva do Poder Judiciário.

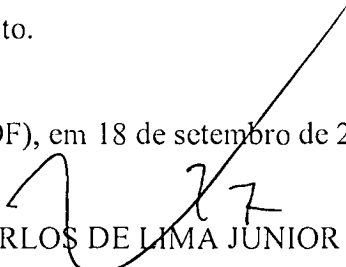
Nesse sentido, o E. Primeiro Conselho de Contribuintes editou a súmula nº 02, conforme abaixo transcrita:

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

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade argüida e, quanto ao mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário, a fim de desqualificar a multa aplicada de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento), mantendo-se, no mais, a exigência do crédito tributário constituído através dos autos de infração.

É como voto.

Brasília (DF), em 18 de setembro de 2.008


JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR



Voto Vencedor

CAIO MARCOS CANDIDO, Redator Designado.

Os membros desta E. Câmara, por voto qualidade, resolveram NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Relator que desqualificava a multa de ofício, pelo quê fui designado para redigir o voto vencedor.

Reproduzo excerto do voto do Relator no qual tratou da matéria em que restou vencido:

A Recorrente se insurgiu contra a multa qualificada que lhe foi aplicada pelo Fisco no percentual de 150% com base na presunção legal de omissão de receitas prevista no artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, vez que a empresa declarou, apurou e recolheu tributos nos anos de 2003 e 2004, com base somente em 10% de seu faturamento.

Para que seja aplicada a multa qualificada de 150% deve restar comprovada nos autos alguma das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64, senão vejamos:

(...)

Como se vê, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.

No presente caso, em que pese a Recorrente tenha declarado apenas 10% do seu faturamento realmente obtido, todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário estavam registradas nos seus livros contábeis e fiscais, os quais puderam ser analisados pelo agente fiscal sem qualquer dificuldade e serviram de base ao presente lançamento.

Ademais, inexistiu nos autos comprovação de que a Recorrente agiu dolosamente alterando ou ocultando informações com o intuito de impedir ou retardar a tributação e, ressalte-se, o evidente intuito de fraude não deve ser presumido e sim provado.

Conforme visto, a multa de ofício foi qualificada ao percentual de 150% tendo em vista que a recorrente somente declarou e pagou tributos sobre 10% do total de suas receitas brutas mensais, apenas procedendo à retificação de suas Declarações de Informações das Pessoas Jurídicas, referentes ao mencionado período, após o início da ação fiscal. Consta que a recorrente teria registrado tais receitas em sua escrituração comercial e fiscal, motivo pelo qual o Conselheiro Relator do voto vencido afastaria a qualificação da multa de ofício.

O inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 10.892/2004, estabelece que no caso de falta de pagamento ou recolhimento e nos de declaração inexata prestada pelo sujeito passivo deverá ser aplicada multa de ofício no percentual de 75% sobre a totalidade ou a diferença do tributo devido, sendo que, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

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; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

(...)

A Lei nº 11.487/2007 alterou o disposto no citado artigo 44, passando a regular a matéria da seguinte maneira:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

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

(...)

Para aplicação de tal dispositivo legal é imprescindível que o fato praticado pela contribuinte e descrito pelo autuante como evidente intuito de fraude esteja inserido nos definidos pelos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, abaixo 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.

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

Não resta dúvida que, no caso concreto analisado, o sujeito passivo ao deixar de informar à Secretaria da Receita Federal 90% dos valores de sua receita bruta, visava retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, bem como, tentou excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o imposto devido, subsumindo-se, assim, aos institutos definidos no artigo 71 (soncação) e 72 (fraude) da supra citada norma.

Presentes a figura da simulação e da fraude, restou caracterizado o evidente intuito de fraude, condição para a qualificação da multa de ofício

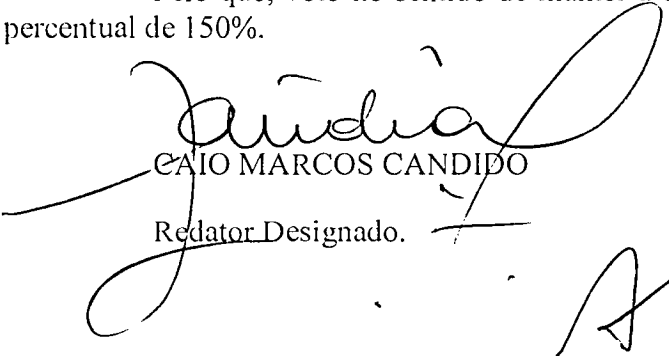
Argumenta o relator do voto vencido que em lançamento que o registro da totalidade dos valores das receitas omitidas em seus livros fiscais e contábeis, descaracterizaria o evidente intuito fraudulento.

Não entendo desta maneira.

A intenção de sonegar e fraudar está manifesta no fato de informar à SRF valores bastante inferiores aos verdadeiros, por três anos-calendário consecutivos, no claro intuito do despiste, do encobrimento da verdade.

A reiteração de tal procedimento e sua reversão no momento em que detectado pelo Fisco confirmam por si só a vontade de fraudar, de encobrir, de esconder o fato gerador da obrigação tributária do Fisco.

Pelo quê, voto no sentido de manter a qualificação da multa de ofício aplicada no percentual de 150%.


CAIO MARCOS CANDIDO

Redator Designado.