



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

Processo nº 18471.000416/2006-41
Recurso nº 161.090 Embargos
Acórdão nº **1202-00.606 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de outubro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Embargante ISATA TURISMO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO.

As obscuridades, dúvidas, omissões ou contradições contidas no acórdão podem ser saneadas por meio de Embargos de Declaração, previstos no art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Rejeita-se preliminar de nulidade do lançamento quando não configurado vício ou omissão de que possa ter decorrido o cerceamento do direito de defesa.

Embargos acolhidos em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os embargos opostos para suprir a omissão apontada, sem, contudo, alterar a decisão consubstanciada no Acórdão nº 1202-00.124, da sessão de 28/07/2009, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Viviane Vidal Wagner, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Retornam os autos para exame do pedido formulado pela embargante, com base no art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, denominado de “Embargos de Declaração”, por entender o peticionário existir omissão no Acórdão nº 1202-00.124, prolatado na sessão de 28 de julho de 2009, apresentando em seu arrazoado de fls. 658/662 o seguinte:

“Ao apreciar o Recurso Voluntário da Embargante o douto colegiado deu parcial provimento apenas para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%, ao argumento de que o fisco não comprovou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação na conduta da empresa e, quanto aos demais temas debatidos, entendeu por negar-lhe provimento.

A embargante, contudo, considera que persiste omissão no venerando acórdão na justa medida em que oportunamente suscitou a nulidade do julgamento de 1ª instância em razão de não terem sido disponibilizadas, à Embargante, as ordens de pagamentos, comprovantes ou documentos assinados e as mídias eletrônicas, que ensejaram o apontamento de seu nome em diversas operações no exterior, caracterizadoras da suposta violação ao art. 40 da Lei nº 7.430/96, confira-se:

"A Recorrente requereu à fiscalização "sejam-lhe disponibilizados os elementos, tais como ordens de pagamentos, comprovantes ou documentos assinados, mídias eletrônicas, que ensejaram o apontamento de seu nome em diversas operações no exterior, a fim de que sejam conhecidas e submetidas a exames por parte da Contribuinte.", recebeu apenas o auto de infração. (...) Observe-se que tais elementos são indispensáveis ao contraditório participativo, tendo sido a Recorrente acusada em autuação que compromete a segurança e estabilidade jurídica, mormente quando a própria administração tributária afirma, na decisão atacada (fl. 12), que "...além de desnecessárias, nem sempre estavam disponíveis"(...) Assim, diante do nítido cerceamento do direito de defesa e ofensa a cláusula constitucional do "due process of law", a Recorrente espera e confia que esse Eg. Conselho de Contribuintes, decrete a nulidade do julgamento de 1ª Instância, como ato da mais inteira Justiça!

Assim foi que a embargante, demonstrando a nulidade do julgado de 1ª instância valeu-se, inclusive, do próprio entendimento deste C. Conselho consignado no Acórdão 104-16.184, 4ª C, Rel. Conselh. Elizabete Carreiro Varão, DOU 15.05.1998.

Neste particular, impõe-se o enfrentamento da omissão indicada razão pela qual requer, a Embargante, a apreciação desse colegiado quanto ao tópico oportunamente suscitado no recurso e que, com acatamento rendido, não foi objeto de deliberação.

Além disso, cumpre ter em perspectiva que o douto acórdão negou-se a enfrentar a questão relativa à utilização da mídia eletrônica como meio de prova inidôneo para consubstanciar o procedimento fiscal, sem a presença da Recorrente, ofendendo garantia constitucional da ampla defesa e contraditório regular.

Nesse exato sentido foi que a Embargante assim se manifestou nas razões recursais:

"Ocorre que, in casu, a mídia eletrônica que consubstanciou o procedimento fiscal não foi editada na presença da Recorrente, como garantia constitucional assegurada em procedimento administrativo. Tal fato, por si só, acarreta a invalidade da prova, por falta de autenticidade, sequer podendo ser utilizada como meio de prova, não podendo produzir qualquer efeito em relação à Recorrente."

De suma importância, pois, o pronunciamento desta Câmara quanto à invalidade da prova suscitada, porquanto referida mídia eletrônica foi utilizada como prova de valor absoluto pelo Fisco (vide transcrição do Termo de Verificação e. Constatação Fiscal inserto no acórdão) para autuar a Embargante.

Com o devido respeito, entende a Embargante que também há omissão no julgado no tocante ao efeito confiscatório do lançamento (art. 150, IV da CF) sustentado no recurso, ao argumento de que o tributo fere a proporcionalidade e ultrapassa a capacidade suportável da Recorrente, resultando na privação total do seu patrimônio e no aniquilamento de atividade econômica lícita, in verbis:

"Materializando-se a sua aplicação no caso concreto, é inquestionável que o tributo lançado fere a proporcionalidade e ultrapassa a capacidade suportável da Recorrente, contrariando o ordenamento jurídico pátrio, e, se mantida a exigência fiscal, resultará na privação total do seu patrimônio, com nítido efeito confiscatório e obstado pelo artigo 150, inciso IV, da CF. (...) A manutenção do lançamento de crédito tributário no total de quinze milhões e quinhentos e trinta e dois reais e quarenta e sete centavos, indiscutivelmente, determinará a total asfixia da Recorrente, impedindo-a exercer atividade econômica lícita, impossibilitando-a pagar salários aos empregados, atender fornecedores, gerar riquezas, enfim, resultará no aniquilamento, em definitivo, da Recorrente que, como aqui afirmado, desempenha importante função econômico-social. (...) Portanto, diante de todo o exposto, é de se observar que o lançamento é absurdo e desproporcional, tendo o crédito tributário nítido efeito confiscatório que, além de provocar o aniquilamento de atividade econômica lícita, vulnera garantias constitucionais, razão pela qual a decisão a quo deve ser integralmente revista,

considerando nulo o lançamento, por ofensa aos arts. 1º, III e IV, 5º, XXIII, 150, inciso IV, e 170, II e III, da CF."

Neste diapasão, impõe-se a manifestação da c. Câmara quanto a ofensa ao artigo 150, IV da CF, o efeito confiscatório embutido no lançamento e, notadamente, a incidência do princípio da proporcionalidade na hipótese.

Outro tema debatido no recurso interposto pela Embargante diz respeito à violação ao artigo 112 do CTN (princípio da presunção de inocência do contribuinte), haja vista que o auto de infração nada encontrou ou comprovou na escrituração e na movimentação da Embargante que corroborasse a presunção de omissão de receita e falta de escrituração, pleiteando-se a nulidade do auto de infração. Confira-se:

"Afinal, no direito tributário brasileiro, ainda prevalece à presunção de inocência do contribuinte, consoante art. 112, do CTN, que traz o princípio consagrado in dubio pro contribuinte e afasta o in dubio pro fisco. (...) As presunções previstas na lei são jûris tantum e podem até ser efetivamente utilizadas pelo Fisco, porém jamais o direito tributário permitirá aplicação de presunção absoluta deforma a constituir um fato, posto que a obrigação tributária decorre da lei e do Direito. (...) O malsinado auto de infração nada encontrou ou comprovou na escrituração e na movimentação da Recorrente que corroborasse a presunção de que estivesse relacionada com a remessa ilícita para o exterior. (...) Donde se conclui que, por presunção equivocada da autoridade administrativa fiscal, a Recorrente foi indevidamente apontada como beneficiária, ordenante e/ou remetente de valores para o exterior, quando, na verdade, se tratam de operações de terceiros, razão pela o lançamento é nulo, devendo a decisão atacada ser revista e modificada, como de direito."

No julgamento do mérito, deliberou esta Turma “por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.”, como consta registrado naquela ata de julgamento, traduzida na folha de rosto do acórdão embargado, fls. 617.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Nelson Lósso Filho

Vieram-me os autos, em atendimento ao despacho do Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para que seja examinado

o pedido manifestado pelo embargante às fls. 658/662, que vislumbrou ter ocorrido omissão no voto, conforme consta do Relatório.

Acolho parcialmente os embargos, haja vista a ocorrência de omissão no acórdão questionado.

Vejo que o posicionamento adotado pela decisão do acórdão embargado foi resumido pela seguinte ementa:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO ACÓRDÃO E DO LANÇAMENTO - Rejeita-se preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância, bem como do lançamento, quando não configurado vício ou omissão de que possa ter decorrido o cerceamento do direito de defesa.

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTO - A presunção legal de omissão de rendimentos prevista no art. 40 da Lei nº 9.430/96 autoriza o lançamento com base nos valores desembolsados e não escriturados pelo sujeito passivo.

MULTA QUALIFICADA - APLICAÇÃO - LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL - Incabível a qualificação da multa de ofício quando não caracterizada nos autos a prática de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada. A presunção legal de omissão de receitas por falta de escrituração de pagamentos efetuados não justifica a aplicação da multa exacerbada.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo. Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes.

MULTA DE OFÍCIO - CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO - A multa de ofício constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, não se aplicando a ela o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal.

PIS - COFINS E CSLL - LANÇAMENTOS DECORRENTES - O decidido no julgamento do lançamento principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica faz coisa julgada nos dele decorrentes, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existente.

Preliminar Rejeitada.

Recurso Voluntário Provido em Parte.”

No corpo do voto, os fundamentos apresentados estão assim descritos:

“Quanto à preliminar de nulidade do lançamento e do acórdão de primeira instância, por cerceamento ao direito de defesa, entendo que não existe fundamento para acatá-la, em virtude de os fatos alegados pela recorrente não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no Decreto nº 70.235/72.

Pela análise dos autos, nas razões de impugnação e recurso, percebe-se que a empresa entendeu perfeitamente as infrações que estavam sendo imputadas, demonstrando conhecer os fatos descritos no auto de infração, rebatendo a matéria ali constante.

Com efeito, as argumentações apresentadas no recurso não têm fundamento, porque as incongruências apontadas na instrução processual como motivadoras do cerceamento do direito de defesa não o caracterizam.

No que diz respeito à presunção de omissão de receitas por falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, constante do artigo 40 da Lei nº 9.430/96, caberia à autuada contraditar o conjunto probatório levantado pela fiscalização.

A infração detectada pela auditoria fiscal independe da forma de contabilização adotada pela empresa, pois foi suportada por presunção legal contida no art. 40 da Lei nº 9.430/96.

Este artigo da Lei nº 9.430/96 está assim redigido:

"Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita."

Além do mais, como consta da detalhada descrição dos fatos no Termo de Verificação e Constatação Fiscal, o auditor tomou todas as providências para realizar uma justa tributação, analisando os elementos disponibilizados por órgãos públicos do Brasil e do exterior, seguindo os ditames aplicáveis aos procedimentos de auditoria necessários para a utilização da presunção legal contida no art. 40 da Lei nº 9.430/96, não sendo cabível qualquer alegação a respeito de exigência com base em indícios, erro na determinação do quantum debeatur ou inversão do ônus da prova.

Por pertinente transcrevo excerto do Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 326/363, onde estão descritos os elementos levantados pelos órgãos públicos:

"Em 04/08/2003, o Departamento da Polícia Federal solicitou ao Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba (PR), por meio do Ofício nº 120/03-PF/FT/SR/DPT/PR, fls. 196 a 198 a quebra do sigilo bancário no exterior da empresa Beacon Hill Service Corporation, sediada em Nova York/EUA, que atuava como preposto bancário financeiro de pessoas físicas e jurídicas representadas por cidadãos brasileiros, dentre outros, em agência do JP Morgan Chase Bank.

Em 14/08/2003, o Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba (PR), encarregou a autoridade policial presidente do inquérito de obter a documentação pertinente, fls.199/206, de modo que em 27/08/2003, a autoridade da polícia federal oficiou à Promotoria do Distrito de Nova York sobre o afastamento do sigilo bancário e pedido de investigação criminal nos EUA. fls. 204/209. Em 09/09/2003, por meio do doc. de fls. 216 a promotoria americana apresentou as mídias eletrônicas e documentos contendo dados financeiros relativos à empresa "Beacon Hill Service Corporation", após decisão judicial da Suprema Corte Americana de 29/08/2003, fls. 210/215.

Estas informações e documentos foram trazidos para o Brasil pela autoridade policial, que solicitou, doc. fls. 217/220, a elaboração de laudos periciais nas mídias eletrônicas.

Com base nestes elementos, evidenciou-se que diversos contribuintes nacionais enviaram e/ou movimentaram divisas no exterior à revelia do sistema financeiro nacional, utilizando-se de contas/sub-contas mantidas no JP Morgan Chase Bank pela empresa Beacon Hill Service Corporation, a qual representava "doleiros" brasileiros e/ou empresas "off shore" com participação de brasileiros.

No curso dos trabalhos efetuados, foram identificadas operações em que restou vinculado o contribuinte Isata Turismo Ltda, CNPJ nº 01.781.851/0001-81, conforme se constata pela análise do Complemento nº 01 da Representação Fiscal nº 205/04 (doc. fls. 231).

Por meio dessa Representação foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Fiscalização no Rio de Janeiro a relação das operações nas quais o contribuinte aparece como beneficiário/ordenante/remetente de divisas para o exterior, através de contas ou subcontas específicas, entre as quais a conta nº 53076697 e a subconta nº 310758, ambas denominadas Atlantis e subconta nº 310057 denominada Eleven mantidas no JP Morgan Chase Bank de Nova York pela empresa BHSC - Beacon Hill Service Corporation (doc. 232/284) e cópias de algumas das remessas de valores relacionadas ao contribuinte (doc. Fls. 285/325).

Após análise dos livros comerciais e fiscais, bem como, extratos bancários foi constatada a não escrituração contábil das movimentações financeiras no exterior supracitadas.

Pelo Termo de Intimação de 30 de maio de 2006 (doc. de fls. 51/185), o contribuinte foi intimado a esclarecer a origem, finalidade e razões das transferências de recursos para o exterior, em dólares americanos, como beneficiário e/ou ordenante e/ou remetente."

Portanto, incabíveis as alegações da recorrente a respeito da inexistência da comprovação de que seria a verdadeira remetente dos numerários para o exterior, pois o Fisco levantou dados consistentes e vinculou os pagamentos com a autuada.

(Omissis)

As alegações apresentadas pelo recorrente quanto ao lançamento ferir normas e princípios constitucionais não podem aqui ser analisadas, porque não cabe a este Conselho discutir validade de lei.

Tenho firmado entendimento em diversos julgados neste Colegiado, que, regra geral, falece competência a este Conselho Administrativo para, em caráter original, negar eficácia a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, porque, pela relevância da matéria, no nosso ordenamento jurídico tal atribuição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, com grau de definitividade, conforme arts. 97 e 102, III, da Constituição Federal, verbis:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(Omissis)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida;

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

Conclui-se que mesmo as declarações de inconstitucionalidade proferidas por juízes de instâncias inferiores não são definitivas, devendo ser submetidas à revisão.

Em alguns casos, quando exista decisão definitiva da mais alta corte deste país, vejo que o exame aprofundado de certa matéria não tem o condão de exorbitar a competência deste colegiado e sim poupar o Poder Judiciário de pronunciamentos repetitivos sobre matéria com orientação final, em homenagem aos princípios da economia processual e celeridade.

É neste sentido que conclui o Parecer PGFN/CRF nº 439/96, de 02 de abril de 1996, por pertinente, transcrevo:

17. Os Conselhos de Contribuintes, ao decidirem com base em precedentes judiciais, estão se louvando em fonte de direito ao alcance de qualquer autoridade instada a interpretar e aplicar a lei a casos concretos. Não estão estendendo decisão judicial, mas outorgando um provimento específico, inspirado naquela.

(Omissis)

Do exposto, concluo que regra geral não cabe a este Conselho manifestar-se a respeito de inconstitucionalidade de norma, apenas quando exista decisão definitiva em matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal é que esta possibilidade pode ocorrer, o que não é o caso em questão.

É neste sentido a Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes, editada com a seguinte redação: "o Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A multa de ofício foi perfeitamente aplicada ao fato apurado, haja vista a constatação de irregularidades tributárias, não se adequando aqui o conceito de Confisco estampado no artigo 150 da Constituição Federal, que trata desta situação apenas no caso de tributos."

Após analisar as argumentações apresentadas e confrontá-las com o acórdão embargado, concluo que não restou provada imperfeição no voto proferido quanto à questão de omissão na análise dos princípios constitucionais, que foi abordada plenamente no acórdão.

Entretanto, existe omissão no voto em relação à matéria cerceamento ao direito de defesa, por não ter tido a empresa acesso à mídia eletrônica utilizada pela fiscalização para sustentar sua autuação.

Abaixo transcrevo excerto do voto onde consta este posicionamento:

"Quanto à preliminar de nulidade do lançamento e do acórdão de primeira instância, por cerceamento ao direito de defesa, entendo que não existe fundamento para acatá-la, em virtude de os fatos alegados pela recorrente não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no Decreto nº 70.235/72.

Pela análise dos autos, nas razões de impugnação e recurso, percebe-se que a empresa entendeu perfeitamente as infrações que estavam sendo imputadas, demonstrando conhecer os fatos descritos no auto de infração, rebatendo a matéria ali constante.

Com efeito, as argumentações apresentadas no recurso não têm fundamento, porque as incongruências apontadas na instrução processual como motivadoras do cerceamento do direito de defesa não o caracterizam."

A autuada foi exaustivamente intimada pela fiscalização a comprovar a escrituração dos valores enviados ao exterior, conforme Termos de fls. 105/124, fls. 126/144, fls. 151/185, fls. 191/192, tendo recebido impressa todas as informações contidas nas mídias eletrônicas que apontavam sua participação na infração fiscal.

A própria pessoa jurídica em sua impugnação, às fls. 511/512, informa que recebeu da fiscalização em suas intimações cópias das transcrições das mídias eletrônicas. Portanto, na auditoria fiscal foram apresentados à empresa todos os dados recebidos de órgãos públicos do Brasil e do exterior, não tendo fundamento qualquer alegação de nulidade do

Processo nº 18471.000416/2006-41
Acórdão n.º **1202-00.606**

S1-C2T2
Fl. 676

lançamento e do acórdão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa, causada pela ausência da empresa no momento da impressão dos dados, como também que não lhe teria sido disponibilizada a mídia eletrônica com tais dados, já que o auditor autuante tem fé pública e imprimiu as provas recebidas eletronicamente.

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de acolher parcialmente os embargos opostos para suprir a omissão apontada, sem, contudo, alterar a decisão consubstanciada no Acórdão nº 1202-00.124, da sessão de 28/07/2009.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Relator