



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

Processo n° 19515.000836/2009-89
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 1402-001.504 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de novembro de 2013
Matéria Auto de Infração do IRPJ e Reflexos
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EXPANDRA ESTAMPARIA E MOLAS LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INTUITO DE FRAUDE NÃO CARACTERIZADO. Não restando comprovado o intuito de fraude, descabe a qualificação da multa de ofício.

PIS E COFINS. RECEITA BRUTA MENSAL. Constatado que, na apuração do PIS e da COFINS, a fiscalização utilizou, equivocadamente, a receita bruta trimestral, e não a mensal, exonera-se parcialmente a exigência.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passa a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Moises Giacomelli Nunes da Silva - Relator

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

A 5ª. TURMA DA DRJ EM SÃO PAULO – SP, com fulcro no artigo 34 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente em parte a exigência contra a empresa EXPANDRA ESTAMPARIA E MOLAS LTDA.

Transcrevo o relatório da decisão recorrida (verbis):

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 964/967, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, relativa ao ano-calendário de 2004, constatou-se o seguinte:

A contribuinte foi intimada a apresentar os seus Livros Contábeis e Fiscais e a relação dos dez maiores clientes no ano calendário de 2004.

Pelas informações constantes nos sistemas da RFB, juntamente com a relação fornecida pela contribuinte, a fiscalização selecionou os clientes listados às fls. 964/965, que foram intimados a apresentar a relação das compras de produtos/serviços efetuadas junto à fiscalizada e suas filiais durante o ano-calendário de 2004.

Após análise e tabulação dos dados enviados por essas empresas, a fiscalização intimou a contribuinte a:

- Informar se as Notas Fiscais identificadas e relacionadas no demonstrativo anexo ao Termo foram emitidas pelo estabelecimento matriz da fiscalizada bem como se os produtos/mercadorias foram entregues aos respectivos destinatários;
- Caso afirmativa a resposta ao item anterior, informar se os valores correspondentes aos produtos/mercadorias descritos nestas Notas Fiscais de Saída foram efetivamente recebidos pela fiscalizada.

A contribuinte solicitou prazo adicional para cumprir a intimação, mas, findo o prazo solicitado, não se pronunciou mais a respeito.

Os clientes foram, então, intimados a apresentar cópia autenticada das Notas Fiscais de Saída emitidas pela fiscalizada, conforme a relação já anteriormente encaminhada, bem como cópia autenticada dos documentos comprobatórios dos pagamentos relativos a estas Notas Fiscais.

Considerando que a fiscalizada limitou-se a apresentar folhas impressas como Livro Registro de Saída, não foi possível realizar o confronto entre estas e o que foi apresentado pelos clientes. Portanto, a fiscalização comparou as receitas obtidas através da circularização (Notas Fiscais relacionadas na tabela anexa, fls. 968/1112) com as declaradas na DIPJ, conforme planilha abaixo (valores em reais), tendo sido apuradas as seguintes diferenças, a serem tributadas como omissão de receitas:

Trimestre	Receita apurada Clientes	Receita declarada DIPJ	Diferença
1º	3.341.260,14	738.858,19	2.602.401,25
2º	3.870.173,61	879.652,67	2.990.520,94
3º	14.625.559,64	1.128.765,33	13.496.794,31
4º	16.125.269,93	1.533.958,22	14.591.311,71

Assim, na empresa fiscalizada foi verificada omissão de receita com multa prevista de 150% (artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96), a qual passou a ser de 225% (artigo 44, inciso II, § 2º da Lei nº 9.430/96) pelo fato de a contribuinte haver deixado de responder aos Termos de Intimação lavrados pela fiscalização.

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos ao ano-calendário de 2004:

(...)

Crédito Tributário Total (em reais)		
Consolidado até 30/04/2009	2.595.391,31	IRPJ
	843.616,16	PIS
	3.893.613,47	COFINS
	1.401.700,78	CSLL
	8.734.321,72	TOTAL

Cientificada dos lançamentos em 28/05/2009, a contribuinte, por meio de seu representante, apresentou, em 26/06/2009, a impugnação de fls. 1148/1163, alegando, em síntese, o seguinte:

Preliminarmente, cumpre destacar que o prazo de duração de fiscalização, previsto pela Portaria RFB nº 4066/2007 (artigos 12 e 13), é de 120 dias, podendo ser prorrogado por mais 60 dias e assim sucessivamente, desde que o contribuinte seja cientificado por escrito.

E esse prazo de 120 dias para a conclusão dos trabalhos foi extrapolado, inexistindo prorrogação por escrito de mais 60 dias.

A fiscalização iniciou-se no dia 13/11/2007 através do MPF nº 0819000-2007-02756-6 e encerrou-se em 28/05/2009. Ou seja, passaram-se 561 dias sem que o MPF fosse prorrogado e a contribuinte tivesse ciência formal de sua prorrogação. Portanto, a fiscalização que teve início em 13/11/2007, expirou seu prazo de fiscalização em 12/03/2008, ou seja, 120 dias após seu início.

No período de 13/03/2008 a 28/05/2009 (mais de um ano após o prazo final) não houve ciência da contribuinte de ato da RFB prorrogando o prazo fiscalizatório por mais 60 dias. Como não foi cumprida a tal determinação, não pode prosperar o Auto de Infração. O artigo 15 da Portaria RFB nº 4.066/2007 dispõe sobre a extinção do MPF.

Para tentar sanar este vício, a administração publicou novo MPF (nº 081 9000-2009-03594-9) que também não deve prosperar, pois já foi iniciado com o vício do anterior. Ou seja, por ter perdido o prazo fiscalizatório de um MPF, a administração busca, através de outro, reverter a situação fatal. Ainda, na substituição do MPF deve designar outro Auditor Fiscal, o que não foi feito.

Em resumo, a autuação deve observar prazos legais previstos para início e encerramento, bem como dar ciência ao contribuinte para prorrogação do MPF e, em sendo necessário a substituição do MPF, deve-se designar outro Auditor Fiscal.

Quanto ao mérito, a autoridade autuante por diversas vezes menciona o fato de a fiscalizada ter se negado a dar informações e a responder a intimações, dificultando o trabalho de fiscalização.

Na verdade, a fiscalizada teve problemas na guarda dos livros fiscais e contábeis devido a furto ocorrido na empresa e pediu dilação de prazos para organizar os livros e documentos a serem apresentados.

Foram apresentados os livros de Registros de Saída, o que a Auditora não aceitou. Foram apresentados os maiores clientes da empresa e a Auditora baseou-se nesse fato para lançar o Auto de Infração agravado por fraude e embaraço à fiscalização.

Apresentada a escrituração do Livro Caixa, esta não foi recepcionada pela Auditora, tendo em vista que, segundo alegou, já estava procedendo aos cálculos da autuação pela comparação entre as receitas obtidas através da circularização com as declaradas na DIPJ e não pela comparação do livro Registro de Saída e as Notas Fiscais apresentadas pelos clientes, o que é extremamente desfavorável à contribuinte.

Ademais, não há provas de que a empresa tenha agido com dolo ou má fé. A Auditora simplesmente se baseou nas Notas Fiscais coletadas nos diversos clientes, comparou as receitas obtidas pela circularização com as declaradas em DIPJ, sem saber se os valores haviam sido recebidos pela empresa ou sem verificar os livros bancários, extratos das contas-correntes da empresa, etc.

A conduta da Auditora cerceou o direito de defesa e de contribuir com provas de que não havia dolo ou má fé na escrituração dos livros fiscais. Devido ao furto pode ter havido um atraso na apresentação das solicitações da Auditora, mas não se pode dizer que houve embaraço a fiscalização.

Há que se observar, ainda, que a lei tributária indicou algumas hipóteses fáticas como presunção de omissão de registro de receita. No entanto, não se verifica no caso em tela nenhuma das hipóteses fáticas elencadas na legislação. Houve apenas uma verificação entre a DIPJ e as receitas presumidamente obtidas.

Quanto à exacerbada multa de ofício de 225%, ela é confiscatória e, portanto, inconstitucional.

Não é qualquer atraso no pagamento dos tributos, ou suposta alegação de débito, que deve legitimar a previsão de multa exacerbada, no patamar de 75%, quando a inflação anual gira em torno de 12%.

Nem mesmo a sonegação de determinado tributo, fato este tentado incidir pela fiscalização, mas não subsumido à espécie, justificaria a apenação de uma multa que exproprie desarrazoadamente o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio, desproporcional à hipotética infração alegada.

Dessa forma, impõe-se afirmar a inconstitucionalidade da multa de 225%, aplicada no Auto de Infração em lide, por ter caráter confiscatória e, portanto, malferir o disposto no inciso IV, do artigo 150, da Lei Maior.

Assim, à vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer a impugnante que seja acolhida a presente impugnação, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

A decisão recorrida está assim ementada:

IRPJ E CSLL. OMISSÃO DE RECEITAS. LUCRO PRESUMIDO. APURAÇÃO TRIMESTRAL. Constatada a omissão de receitas, comparando-se as receitas de vendas da contribuinte informadas por seus clientes com as declaradas na DIPJ,

correta a autuação a título de IRPJ e CSLL, com base no lucro presumido, apuração trimestral.

INTUITO DE FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Não restando comprovado o intuito de fraude, descabe a qualificação / agravamento da multa de ofício.

NÃO ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES. MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. Mantém-se o agravamento da multa de ofício pelo não atendimento a intimações, em face da subsunção dos fatos à norma legal.

PIS E COFINS. RECEITA BRUTA MENSAL. Constatado que, na apuração do PIS e da COFINS, a fiscalização utilizou, equivocadamente, a receita bruta trimestral, e não a mensal, exonera-se parcialmente a exigência.

A ciência à Contribuinte foi enviada via postal, fl. 12989, mas não logrou êxito. Consta no AR que a empresa “mudou-se”.

A seguir foi procedida a ciência via edital, fl. 12992. Porém, a contribuinte não apresentou Recurso Voluntário.

Ato contínuo, o processo foi encaminhado ao CARF para julgamento do Recurso de Ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moises Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de exigência em face de omissão de receitas, com multa de ofício qualificada e agravada, sendo que a DRJ exclui a qualificação da penalidade bem como reduziu a base de cálculo PIS/Cofins em face de erro no períodos de apuração.

Conforme relatado a contribuinte mudou-se e não comunicou à Receita Federal seu novo endereço, por isso, a intimação via postal restou inviabilizada (fl. 12989) pelo que a empresa foi cientificada via edital (fl. 12992), não tendo apresentado recurso voluntário.

Vejamos os fundamentos da decisão recorrida quanto as matérias exoneradas:

“(…)

DA APURAÇÃO DOS TRIBUTOS DEVIDOS

Com relação ao IRPJ e à CSLL, constatada a omissão de receitas, correta a sua tributação com base no lucro presumido apurado trimestralmente, conforme constam dos Autos de Infração.

Com relação ao PIS e à COFINS, no entanto, a fiscalização efetuou lançamento relativo aos meses de março, junho, setembro e dezembro de 2004, utilizando, equivocadamente, a diferença trimestral da receita bruta, e não a mensal, como exige a legislação tributária (artigo 74 do Decreto nº 4.524/2002, que regulamenta o artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 e o artigo 2º da Lei nº 9.715/98).

Dessa forma, há que se refazer o cálculo do PIS e da COFINS utilizando as diferenças de receitas brutas dos supracitados meses, conforme a seguir demonstrado (valores em reais):

Mês	Receita Clientes	Receita DIPJ	Diferença tributável	PIS (0,65%)	COFINS (3%)
mar/04	1.325.857,82	251.211,78	1.074.646,04	6.985,20	32.239,38
jun/04	1.384.200,68	274.441,00	1.109.759,68	7.213,44	33.292,79
set/04	4.640.241,83	425.509,00	4.214.732,83	27.395,76	126.441,98
dez/04	5.948.030,35	521.545,79	5.426.484,56	35.272,15	162.794,54
TOTAL				76.866,55	354.768,69

Obs:

As receitas de clientes foram totalizadas a partir da “Relação de Notas por Trimestre, fls. 980/987 (março), 1004/1011 (junho), 1047/1062 (setembro) e 1095/1112 (dezembro);
As receitas da DIPJ encontram-se às fls. 19, 22, 25 e 28 (PIS) e 31, 34, 37 e 40 (COFINS).

Quanto às diferenças relativas aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2004, estas devem ser desconsideradas, pois não houve autuação com relação a esses meses e a Delegacia de Julgamento não tem competência para inovar o lançamento efetuado pela fiscalização.

Por todo o exposto, há que se manter a tributação da receita omitida a título de IRPJ e CSLL, exonerando-se parcialmente a tributação a título de PIS e COFINS.

DA MULTA DE OFÍCIO

Com relação à multa de ofício utilizada nos lançamentos, a fiscalização argumenta que:

“Considerando que na empresa fiscalizada foi verificada omissão de receita com multa prevista de 150% (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96), a qual passou a ser de 225% (art. 44, inciso II, § 2º da Lei nº 9.430/96) pelo fato do contribuinte haver deixado de responder aos Termos de Intimação lavrados pela fiscalização (...)”.

O supracitado artigo 44 da Lei nº 9.430/96 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97) dispõe que:

“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.

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (redação dada pela Lei nº 9.532/97)

a) prestar esclarecimentos;

(...)”.

Em resumo, em relação à multa por falta de pagamento, de 75%, houve 2 tipos de “agravamentos”:

- um, pelo suposto intuito de fraude;
- outro, pelo não atendimento às intimações.

Em sua defesa, a impugnante alega, basicamente, que:

- a multa aplicada é confiscatória, violando o artigo 150, IV, da CF/88;
- não há provas de que a empresa tenha agido com dolo ou má fé;
- não se negou a dar informações e a responder a intimações (teve problemas na guarda dos livros fiscais e contábeis devido a furto ocorrido na empresa e pediu dilação de prazos para organizar os livros e documentos a serem apresentados; e apresentou a relação dos maiores clientes e os livros de Registros de Saída e Livro Caixa).

Quanto à legalidade ou inconstitucionalidade das normas relativas à multa aplicada (artigo 44 da Lei nº 9.430/96), cumpre observar que à esfera administrativa não cabe apreciar questões dessa natureza, competência exclusiva do Poder Judiciário.

Com relação ao agravamento devido ao intuito de fraude, a impugnante alega, além da inconstitucionalidade, já rechaçada, a inexistência de dolo.

Quanto a esse agravamento, entendo ser descabido, por falta de comprovação da existência de dolo, cujo ônus compete à fiscalização.

Em nenhum momento a fiscalização comprova o intuito de fraude, limitando-se a vincular a qualificação da multa (alterando-a de 75% para 150%) apenas à constatação da omissão de receitas.

Destaque-se que a Súmula nº 14 do 1º CC dispõe que “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”.

Além disso, para que a multa de ofício seja agravada, a contribuinte deveria ter infringido um dos três artigos (71, 72 ou 73) da Lei nº 4.502/64, fato esse que não resta caracterizado nos autos.

(...)

Dessa forma, há que se enquadrar a multa de ofício no inciso I (e não no inciso II) do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que prevê o percentual base de 75%.

(...)”

Verifica-se, de plano, que não há reparo a ser feito na decisão de primeira instância quanto aos valores exonerados, pois:

- em relação ao PIS e a Cofins o erro na constituição do crédito tributário está patente. Ao invés de lançamento de ofício observando os períodos de apuração mensais desses tributos, tal qual estabelecido nas normas legais de regência, a Fiscalização simplesmente consolidou as bases de cálculo ao final de cada trimestre, da mesma forma que procedeu para o IRPJ/CSLL. Trata-se de um erro primário que há meu ver não pode mesmo ser corrigido no julgamento administrativo, pois, implicaria em aperfeiçoar o lançamento.

- quanto a multa qualificada o lançamento simplesmente não aponta os fatos o irregularidades que levaram à conclusão de a contribuinte incorreu em conduta dolosa. Tem razão o acórdão recorrido ao afirmar que a omissão de receitas, por si só, não autoriza a exasperação da penalidade nos termos da Súmula 14 do CARF.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Moises Giacomelli Nunes da Silva