



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

Processo n° 19515.001471/2007-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-001.918 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2013
Matéria COFINS
Recorrente VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/06/2004

FALTA DE DECLARAÇÃO E DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de declaração e de recolhimento dos débitos apurados com base na escrituração do sujeito passivo enseja o lançamento do principal, acrescido de multa de ofício e demais encargos legais.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

O percentual da multa de ofício aplicada está de acordo com a legislação de regência, sendo incabível à instância administrativa manifestar-se a respeito da alegação de afronta ao princípio do não confisco.

TAXA SELIG.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros José Antonio Francisco e Maria da Conceição Arnaldo Jacó.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE GOMES - Relator.

EDITADO EM: 27/01/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes (Relator) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Por fielmente retratar o assunto dos autos, transcrevo trecho do relatório elaborado na DRJ de São Paulo:

4. Trata o presente processo de Autos de Infração de fls. 355 a 358 e de fls. 367 a 370, lavrados contra o sujeito passivo em epígrafe, ciência em 22.06.2007 (fs. 373), constituindo crédito tributário de:

i) COFINS no valor total de R\$ 3.464.136,96, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31.05.2007, referente aos períodos de 10.2001 a 12.2003 e 02.2004 a 06.2004, com enquadramento legal exposto as fls. 354 e 358

ii) PIS no valor total de R\$ 1.440.898,10, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31.05.2007, referente aos períodos de 10.2001 a 12.2003 e 03.2004 a 06.2004, com enquadramento legal exposto els fls. 366, 369 e 370.

5. No Termo de Verificação e Esclarecimento de fls. 342 a 347 a autoridade fiscal autuante informa que:

Procedendo a Venficações Preliminares, relativas aos períodos de apuração de 10.2001 a 12.2006, foram confrontados os valores contabilizados a titulo de PIS e COFINS com os valores declarados nas DIPJs e nas DCTFs;

Examinando os Livros Diário Geral nº 7, 8 e 9 referente aos lançamentos contábeis dos anos calendários de 2001, 2002, 2003 e 2004 foi constatado que a empresa contabilizou valores devidos ao PIS e à COFINS (fls. 160 a 337), declarando montantes devidos a menor nas DIPJ e nas DCTF (fls. 343/344);

Em 05.06.2007 foi lavrado o Termo de Constatação e Intimação 338 a 340 através do qual a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos/justificativas sobre as diferenças não declaradas/pagas, porém, decorrido o prazo para atendimento da intimação, a empresa não esclareceu/justificou as diferenças apuradas;

As diferenças apuradas de COFINS e PIS foram objeto de lançamento de ofício; Nos períodos onde foram apuradas as irregularidades (declaração inexata) foi constatado que a pessoa jurídica, embora tenha contabilizado e apurado corretamente o tributo devido, declarava a menor, sistemática e reiteradamente, os valores devidos na DIPJ e DCTF. Por se tratar de procedimento contumaz, tendo como intenção não recolhimento do tributo, os fatos relatados, em tese, demonstra que as declarações inexatas constituem-se em ato simulado, tal como definido no art. 102, I e II do Código Civil aprovado pela Lei nº 2.071/16. Tendo em vista os fatos relatados, efetuados com o evidente intuito de fraude, foi aplicada a multa de 150%, conforme §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96;

Tendo em vista que a infração fiscal praticada é também a realização Pica do tipo penal do art. 1º, I da Lei nº 8.137/90, foi protocolizada Representação Fiscal para Fins Penais Processo nº 19515.001632/2007-01 a qual está apensada ao processo nº 19515.001470/2007-01.

6. Inconformada com os lançamentos, a interessada interpôs em 20.07.2007 a impugnação de fls. 379 a 419, acompanhadas de documentos de fls. 420 a 429, onde alega, em síntese, o que se segue:

Conforme art. 11, IV do Decreto nº 70.235/72 é o Delegado da Receita Federal que deveria ter assinado o auto de infração e não o fez, tampouco autorizou seus subordinados. Não tendo sido o auto de infração assinado pelo chefe do órgão expedidor ou por outro servidor autorizado, a Sra Fiscal é incompetente para assiná-lo, motivo pelo qual impõe-se a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72;

No Termo de Verificação e Esclarecimento a autoridade fiscal não apresenta o motivo para o procedimento fiscal na defendente. Contudo, quando iniciou o procedimento fiscal, informou que era em decorrência da movimentação financeira incompatível com a receita declarada referente ao ano calendário 2003. Uma vez motivado o ato, fica a autoridade responsável em comprovar a existência do motivo, sob pena de contaminar todo o ato administrativo, tornando-o também inexistente;

Cita a teoria dos motivos determinantes e transcreve o conceito da professora Maria Silvia Zanella de Di Pietro: "Ainda relacionado com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal como que, se inexistente ou falsos, implicam nulidade. Por outras palavras, quando a administração motiva o ato, mesmo

que a lei não exija motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.";

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72 prevê os requisitos essenciais do ato praticado por autoridade fiscal, e do art. 50 da Lei nº 9.784/99 esclarece sobre a obrigatoriedade da correta indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato administrativo que negue, limite ou afete direitos ou interesses ou, ainda, que imponha ou agrave deveres, encargos ou sanções;

A fiscalização possuía fundamentação para fiscalizar a defendente através da movimentação financeira incompatível com a receita declarada relativamente ao ano calendário de 2003, contudo, em momento algum apresentou motivo para vercações relativas a movimentação financeira dos valores contabilizados nos a calendários de 2001 e 2002, não devendo prevalecer a autuação fis A defendente efetuou o pagamento dos tributos devidamente escriturados em sua contabilidade, sendo assim deve ser aplicada norma do art. 150, §40 do CTN. Com isso, para todos os fatos geradores ocorridos até 31.12.2001, consumou-se a decadência em 31.12.2006 antes, portanto, do lançamento formalizado através do auto de infração emitida no ano de 2007. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para corroborar seu entendimento;

A defendente informou a fiscalização que em decorrência de chuvas que inundaram a região e a empresa diversos documentos foram extraviados, ficando impossibilitada de apresentar alguns documentos fiscais;

Para cumprir suas obrigações recorria constantemente a empréstimos bancários, justificando a movimentação financeira. A empresa fazia transferências bancárias e também possuía aplicações financeiras que efetivamente foram desconsideradas. Embora os valores fossem creditados em conta corrente, não implicava fato gerador de imposto, não devendo prevalecer a autuação fiscal;

A autuação iniciou com base em mera suposição de que o saldo bancário e/ou depósitos bancários da defendente configuraria base de cálculo do tributo. É irrefutável que tal presunção não caracteriza fato gerador do tributo. É notório que a cobrança de um imposto depende da ocorrência do fato gerador (art. 114 do CTIV). Uma vez que a hipótese de incidência tributária não foi concluída pois não houve auferimento de renda, não há que se falar em obrigação tributária e muito menos em crédito tributário;

Os saldos bancários, e conseqüentemente os depósitos bancários, por si só não configuram sinais exteriores de riqueza pois da sua existência não se extrai qualquer ilação quanto a uma riqueza subjacente e incontestável sob a titularidade do depositante. O lançamento do imposto de renda baseado exclusivamente em depósitos bancários

consiste em lançamento ilegítimo. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente omissão de rendimento;

Uma vez que a defendente não auferiu nem consumiu a renda alegada pela autuação, nem teve aumento patrimonial incompatível com as receitas declaradas, conclui-se que não ocorreu a obrigação tributária;

Não sendo devido o principal também não o são a multa e os juros;

Foi imposta multa de 150% à defendente em razão do equivocado entendimento que a mesma praticou "ato simulado". Em momento algum a defendente praticou qualquer ato que configurasse simulação, muito pelo contrário, atendeu a todas as intimações que recebeu. Cita jurisprudência administrativa para corroborar seu entendimento;

A exigência da multa isolada nos termos do art. 44 da Lei nº9.430/96 é ilegal por contrariar legislação hierarquicamente superior. Cita jurisprudência administrativa para corroborar seu entendimento;

A multa aplicada contraria a lei nº 9.298/96 que limitou a multa mora em 2%. O Fisco ao exigir a multa nestes patamares atribui confiscatório ao tributo, o que contraria o art. 150, IV da Constituição. O Fisco não poderia reclamar o pagamento de juros de mora sob tributos vencidos, calculadas por taxas de juros de natureza remuneratória (como é o caso da SELIC), sob pena de ofensas ao conceito jurídico econômico de juros moratórios e de ferir os mandamentos contidos no art. 192, §3º da Constituição e do art. 161, § 1º do CTN.

7. Éo relatório.

Com base em tudo que constava dos autos, a DRJ de São Paulo manteve o lançamento em decisão que assim ficou ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/06/2004

FALTA DE DECLARAÇÃO E DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de declaração e de recolhimento dos débitos apurados com base na escrituração do sujeito passivo enseja o lançamento do principal, acrescido de multa de ofício e demais encargos legais.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/03/2004 a 30/06/2004

FALTA DE DECLARAÇÃO E DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de declaração e de recolhimento dos débitos apurados com base na escrituração do sujeito passivo enseja o lançamento do principal, acrescido de multa de ofício e demais encargos legais.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/06/2004

NULIDADE. ASSINATURA DO CHEFE DO ÓRGÃO EXPEDIDOR DO AUTO DE INFRAÇÃO. DESCABIMEN7'0.

Somente será considerado nulo o lançamento, se presente quaisquer das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. No caso de Auto de Infração, não lid a exigência da assinatura do chefe do órgão expedidor. Presentes os requisitos essenciais do Auto de Infração, rejeita-se tal preliminar.

NULIDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO. DESCABIMEIVTO.

Não cabe invocar a teoria dos motivos determinantes do administrativo, eis que o motivo determinante do lançamento consistente na diferença apurada entre o valor escriturado declarado, não se revela falso, inexistente, nem incorretamente qualificado pela autoridade fiscal autuante. O auto de infração costem todos os requisitos básicos, notadamente a motivação, elemento fundamental do ato administrativo vinculado.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo as contribuições sociais é de dez anos, nos termos do art. 45 da Lei no 8.212/1991.

MULTA AGRAVADA. DIFERENÇA APURADA ENTRE VALOR ESCRITURADO E DECLARADO.

A diferença apurada entre receitas escrituradas e as declaradas ao Fisco evidenciam o intuito defraude, e implica a exigência dos tributos com a multa agravada prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº9.430/96.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

O percentual da multa de ofício aplicada está de acordo com a legislação de regência, sendo incabível à instância

administrativa manifestar-se a respeito da alegação de afronta ao princípio do não confisco.

TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Irresignada com a decisão prolatada, a Recorrente interposto Recurso Voluntário onde alega:

a) que se trata de tributação reflexa, pois decorrente do processo 19515.001470/2007-01, e que os dois autos de infração possuem conexão e assim seria impossível o julgamento deste antes daquele. Requer a extinção do processo sem julgamento de mérito ou ainda que se aguarda o julgamento do auto de infração do imposto de renda;

b) que haveria desvio de motivação na fiscalização uma vez que esta se iniciou para verificação de movimentação financeira incompatível da recorrente referente ao ano base de 2003. Invoca a teoria dos motivos determinantes para pedir o cancelamento do auto de infração.;

c) alega a decadência dos lançamentos até 31/12/2001, requerendo a aplicação do disposto no art. 150 § 40 do CTN, uma vez que houveram recolhimentos nos meses dos lançamentos d) a impossibilidade de lançamentos tributários com base em presunções e com base em depósitos bancários;

e) a ilegalidade da aplicação da multa no patamar de 150% pois não hou evidente intuito de fraude. Além disto os patamares propostos configuram confisco e po requer a aplicação da multa prevista na Lei 9.298/97 (Lei de proteção ao consumidor);

f) que a taxa SELIC não pode ser utilizada pelo fisco para o calculo dos j moratório em função de sua natureza remuneratória, sendo portanto ilegal e inconstitucion sua aplicação.

O processo foi julgado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção, que enetendeu por bem baixar o processo em diligência para que a autoridade preparadora respondesse aos seguintes questionamentos:

a) informe se foram expedidos mandados de procedimentos complementares nos termos do art. 10 da Portaria 4.066/2007, tendo em vista que a emissão do MPF ocorreu para a verificação de IRPJ no ano de 2003 e o auto de infração abrange competências relacionadas aos anos de 2001 a 2004.

b) Em relação ao período de 2003, sendo o PIS calculado na modalidade não cumulativa sejam levantados nos livros, os valores relativos aos créditos a que faz jus a Recorrente nos termos da Lei 10.637/02, e em não sendo possível a verificação a partir dos documntos existentes nos autos sejam intimada o contribuinte para que estes sejam apresentados.

c) indicar se na composicao da base de cálculo do PIS foram adicionadas outras receitas estranhas ao faturamento. Por conta da redação do §1º, art. 3º da Lei 9.718/98, cuja majoração da base cálculo já foi julgada inconstitucional pelo STF; e,

d) seja intimada o Recorrente do resultado da presente diligencia para que este se manifeste.

Consta do processo os termos de Intimação e Reintimação da Recorrente para que esta juntasse aos autos os documentos necessários ao cumprimento da diligência determinada por este colegiado. Ambas as intimações foram ignoradas pela Recorrente.

Às fls 575 foi juntado o relatório de emissão e prorrogação de MPF relativo a fiscalização realizada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE GOMES

O presente Recurso Voluntário é tempestivo, preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

Conforme se depreende do relatório acima transcrito o presente processo trata de lançamentos de PIS e COFINS efetuados em decorrência da constatação de que o Recorrente declarava em sua DCTF e DIPJ valores a menor do que os lançados em sua contabilidade (Livro de Saídas e Razão).

Embora se procure fazer certa confusão em relação aos reais motivos do lançamento, me parece correto afirmar que não se trata de lançamento decorrente ou reflexo de movimentações financeiras sem comprovação, como quer fazer crer o Recorrente, motivo pelo qual não deve prosperar o pedido de suspensão do presente processo.

Em relação ao Mandado de Procedimento Fiscal emitido em 01/09/2006 (fls. 01), sob no 08. 1.90.00-2006-02203-0, determinava a fiscalização do IRPJ nos períodos de 01/2003 a 12/2003, restou dúvida quanto a existência de prorrogações deste no decorrer da fiscalização, porém às fls. 575, foi juntada cópia do relatório de emissão e prorrogação de MPF que fastam as alegações de ilegalidade preteridas pelo Recurso Voluntário interposto.

No mais, entendo que as divergências existentes estão devidamente listadas, o auto de infração cumpre adequadamente os requisitos legais e por conta disso entendo não serem procedentes as irresignações apontadas em relação a este ponto, estando coreta a decisão a qual faço remissão neste tópico, nos termos do art. 50 da Lei 9.786/98.

Os valores foram obitidos a partir da contabilidade da Recorrente que em sua defesa não traz argumentos sólidos e muito menos alguma prova de que os valores não comporiam a base de calculo dos tributos lançados.

Deve-se ressaltar também que o Recorrente foi instado a apresentar os documentos para o devido cumprimento da diligência fiscal determinada por este colegiado, tendo tal intimação sido ignorada por duas vezes.

Feitos es destaques e afastadas as preliminares levantadas, passo a analisar as demais matérias.

A primeira dela diz respeito a decadência de parte do lançamento.

O Auto de Infração foi cientificado ao recorrente no dia 22/06/2007, e compreende as competências de 01/10/2001 a 31/12/2003 e 01/02/2004 a 30/06/2004.

Via de regra, o CTN estabelece que o lançamento tributário deve observar o art. 173 do Código Tributário Nacional, que determina:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Referida regra, no entanto, comporta exceções para os casos em que os tributos estão sujeitos ao pagamento através do regime de homologação, como é o caso das contribuições discutidas nestes autos.

Nestes casos, aplicável o prazo estabelecido pela redação do art. 150 do Código Tributário, senão vejamos:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

*§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, **será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (grifou-se)*

A jurisprudência do E. STJ, com a interpretação que vem sendo dada ao Resp 973.733 – SC de relatório do Ministro Luiz Fux, acabou por decidir, no rito do art. 543 C, que se deve aplicar o art. 150, § 4º do CTN, quando tenha havido pagamento parcial e o 173, I do CTN, nos casos em que não houve pagamento, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro*

de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Conforme se depreende do relatório fiscal (fls 342), os lançamentos efetuados são decorrentes de diferenças entre os valores declarados e recolhidos e os efetivamente devidos, assim entendidos os valores constantes das demais declarações e livros contábeis do Recorrente.

Tendo ocorrido pagamento, aplicável o art. 150, § 4º do CTN, estando, portanto, atingidas pela decadências os lançamentos relacionados as competências de 10/2001 a 05/2002.

O presente auto de infração compreende os anos de 2001 a 2004, sendo, portanto, aplicável ao presente caso à redação da legislação vigente à época dos fatos. Diz-se isto porque a redação do art. 44 da Lei 9.430/96, a época dos fatos, era a seguinte:

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) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

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) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

*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. (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)*

Do exposto, verificamos que a aplicação da pena prevista no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96 depende, clara e inequivocamente, da comprovação de que houve o “**evidente intuito de fraude**”. Por isto é indispensável que a autoridade fiscal apresente esta prova.

A este respeito, trazemos à baila importante ensinamento do renomado jurista **Marco Aurélio Greco¹**, que assim trata o assunto:

“À vista disso, entendo, neste ponto específico, que, pelo caráter absolutamente excepcional da previsão , os pressupostos de incidência da norma punitiva do inciso II (sem aqui examinar os relativos ao inciso I) devem ser fatos cuja qualificação jurídica

deve ser incontroversa e resultar de aferição objetiva; vale dizer, desprovida de ponderações subjetivas ou de elementos metajurídicos.

Em suma, havendo divergência relevante (dúvida razoável) quanto à cognição da qualificação jurídica dois fatos realizados, não cabe, a meu ver, aplicação do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.”

Nosso Conselho de Contribuintes vem, a muito, decidindo neste sentido, senão vejamos:

“MULTA QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 1964. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos. Nos termos do enunciado nº 14 da Súmula deste Primeiro Conselho, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos, sem a devida comprovação do intuito de fraude.IRPF - DECADÊNCIA - Não caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos casos de lançamento por homologação, extingue-se com o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.”²

“SANÇÃO TRIBUTÁRIA - MULTA QUALIFICADA - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - CONTA BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA - Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, para que a multa qualificada seja aplicada, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 1964. A falta de registro na contabilidade de valores constantes nos extratos bancários (créditos/débitos) oriundos de conta bancária pertencente à empresa fiscalizada e movimentada por esta, caracteriza falta simples de presunção de omissão de rendimentos e/ou pagamentos a beneficiários não identificados/ pagamentos sem causa, porém, não caracteriza evidente intuito de fraude, nos termos do inciso II do art. 992, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n 1.041, de 1994.

DECADÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O pagamento efetuado por pessoa jurídica a beneficiário não identificado ou pagamento sem a comprovação da operação ou causa (pagamento a beneficiário sem causa), está sujeito à

² SEXTA CÂMARA – Recurso Voluntário nº 150595 - Relator Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti. Acórdão nº Doc106-16089 de 25/01/2007 conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 27/01/2014 por ALEXANDRE GOMES, Assinado digitalmente em 27/01/2014 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 27/01/2014 por ALEXANDRE GOMES
Impresso em 31/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*incidência na fonte, cuja apuração e recolhimento deve ser realizado na ocorrência do pagamento, razão pela qual têm característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial à data da ocorrência do fato gerador, exceto nos casos de evidente intuito de fraude, onde a contagem do prazo decadencial fica na regra geral, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por unanimidade de votos, DESQUALIFICAR a multa de lançamento de ofício e, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo para declarar extinto o direito da Fazenda Nacional constituir o crédito tributário lançado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Beatriz Andrade de Carvalho que analisavam o mérito.*³

E ainda:

*COFINS. MULTA DE OFÍCIO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. PROVA. Não basta, para configurar a sonegação, a fraude ou o conluio, a insustentável presunção da ocorrência de evidente intuito de fraude. Para a imposição da penalidade sob tal rubrica é inafastável existir a evidência, na forma da devida e inequívoca prova de sua ocorrência. **As simples diferenças constatadas pela autoridade autuante entre os valores recolhidos e os potencialmente devidos apurados no trabalho fiscal, bem como a inexistência de DCTF, não constituem prova em desfavor do contribuinte para amparar a mencionada exigência.** BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. DEVOLUÇÕES. As devoluções de produtos devem ser excluídas da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social. Recurso de ofício negado.*⁴

Do corpo do Acórdão acima citado, importante transcrever parte das razões constantes do Termo de Constatção de fls 342:

Nos períodos, sob ação fiscal, onde foram apuradas as irregularidades — declaração inexata— constatei que a pessoa jurídica, embora tenha contabilizado e apurado corretamente o imposto de renda pessoa jurídica e a contribuição social sobre o lucro líquido devidos, declarava a menor, sistemática e reiteradamente, os valores devidos, na DIPJ e nas DCTFs, conforme o acima exposto.

³ Quarta Câmara – Recursos Voluntário nº 135793. Relator Nelson Mallmann Acórdão nº 104-19931 de 16/04/2004

⁴ Recurso nº 123.789, Primeira Câmara, Rel. Rogério Gustavo Dreyer

Por se tratar de procedimento contumaz, tendo como intenção o não recolhimento do IRPJ e da CSLL, os fatos relatados, em tese, demonstram que as declarações inexatas constituem-se em ato simulado, tal como definido no artigo 102, incisos I e II do Código Civil Brasileiro, aprovado pela Lei n.º. 3.071/16.

Tendo em vista os fatos relatados, efetuados com evidente intuito de fraude, sera aplicada multa de 150%, conforme § 10 do artigo 44, da Lei 9.430/96 abaixo reproduzido:

Por fim, cito decisão exarada recentemente por esta Câmara:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

COFINS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRAZO.

O prazo para a Fazenda exercer o direito de fiscalizar e constituir, pelo lançamento, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins é o fixado no art. 45 da Lei no 8.212/91, à qual não compete ao julgador administrativo negar vigência.

OMISSÃO DE RECEITA. PROVA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO. *A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória, o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser mantida a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes.*

MULTA QUALIFICADA.

A falta de declaração ou a prestação de declaração inexata, por si sós, não autorizam a qualificação da multa, que somente se justifica quando comprovado o evidente intuito de fraude, caracterizado pelo dolo específico, resultante da intenção e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosas, descrito na Lei n.º 4.502/64.⁵

Como se observa, tanto a doutrina como a jurisprudência dos conselhos tratam o inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, como aplicável somente em casos em que **claramente se buscou enganar, ludibriar ou retardar a atividade fiscalizatória da Receita Federal.**

Marco Aurélio Greco⁶ trata da regra contida no inciso II, como sendo uma “**exceção da exceção**”, e, portanto, só seria aplicável “**em hipóteses absolutamente nítidas que não envolvam avaliações subjetivas e cujos fatos tenham sua qualificação jurídica incontroversa.**”

⁵ Recurso 139.540. Primeira Câmara Rel. Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça. Relator Voto Vencedor Walber José da Silva.

⁶ *In ob. Cit. Pag 151*

No presente processo enfatizo que todos os lançamentos efetuados decorreram dos valores lançados nos livros fiscais da Recorrente, é o que se depreende do Termo de Constatação (fls. 5342) que assim afirma:

Examinando os Livros Diário Geral nº 7, 8 e 9 referentes aos lançamentos contábeis dos anos calendário 2001, 2002, 2003 e 2004 constatei que a empresa contabilizou valores devidos ao PIS e à COFINS, doc. à fls. 160 a 337, declarando os montantes devidos a menor nas DIPJs e nas DCTFs.

Ou seja, bastou a análise dos livros fiscais da Recorrente para que fosse verificada a ocorrência da infração.

Destaco também que em nenhum momento ocorreu o retardamento da ocorrência do fato gerador do tributo, uma vez que todas as operações realizadas pela Recorrente foram registradas em seus livros, e serviram de base para o lançamento fiscal.

Por todo o exposto entendo que deve ser reformada a decisão da DRJ para reduzir a multa aplicada de 150% para 75% posto que, conforme se depreende das decisões citadas, as declarações inexatas ou as omissões por si só não configuram o evidente intuito de fraude que norteia a aplicação da multa qualificada.

Por outro lado, improcedente os pedidos relativos a aplicação de multa 2% nos termos da Lei nº 9298, de 02 de agosto de 1997 e inaplicabilidade da Taxa SELIC, sem razão a Recorrente.

Quanto a multa, também não merece reparos a decisão recorrida posto que esta se encontra prevista em lei em pleno vigor, sendo vedado, como já dito, ao julgador administrativo afastá-la por ilegalidade ou inconstitucionalidade. (art. 26 A do **Decreto 70.235/72** e 62 do Regimento Interno do CARF.)

Da mesma forma, são improcedentes os argumentos contrários a aplicação dos juros SELIC, matéria também já sumulada, senão vejamos:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Merece destaque o fato que, a teor do que dispõe o art. 72⁷ do RICARF, as súmulas editadas pelo CARF são de aplicação obrigatória pelos julgadores.

⁷ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF. de 24/08/2001

Por todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL tão somente para reconhecer a decadência dos lançamentos relativos as competências 10/2001 a 05/2002, bem como reduzir a multa de ofício para 75%.

É como voto.

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE GOMES – Relator