ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19515.721108/2013-91

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	19515.721108/2013-91
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-003.296 – 1ª Turma**
Sessão de	07 de dezembro de 2017
Matéria	MULTA AGRAVADA
Recorrente	INTERBEEF S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

A falta de atendimento "de intimação para apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991", enseja o agravamento da multa de ofício. Hipótese de agravamento que está literalmente prevista no art. 44, §2º, da Lei 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Cristiane Silva Costa, que lhe deu provimento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rego.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência de interpretação da legislação tributária quanto às seguintes matérias, assim identificadas pela recorrente:

1 - Do descabimento do arbitramento do lucro tributável; e

2 - Da impossibilidade de agravamento das multas punitivas impostas.

No exame de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso apenas em relação à matéria constante do item "2" acima indicado. Houve negativa de seguimento em relação à matéria tratada no item "1", conforme o despacho exarado em 25/04/2017 pela Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

Intimada do despacho que deu seguimento parcial ao seu recurso especial, a contribuinte não apresentou agravo.

Em seu recurso especial, a contribuinte insurgi-se contra o Acórdão nº 1302-001.994, de 04/10/2016, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, entre outras questões, decidiu manter o agravamento da multa de ofício.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva transcritas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS VIA RMF.

O STF fixou que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A Portaria MF nr. 545/2013, art. 1º, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 que obrigava o sobrestamento dos julgamentos de recursos, quando houvesse também o sobrestamento pelo Supremo Tribunal Federal STF de recursos extraordinários da mesma matéria, até que fosse proferida decisão nos termos do então art. 543-B, do CPC.

IRPJ. CSLL. COFINS. PIS. LANÇAMENTOS CONEXOS.

Aplica-se a possibilidade de lançamentos conexos sobre o lançamento que lhes deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

ILEGALIDADE DA MANUTENÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO E SEU AGRAVAMENTO.

A alegação da impossibilidade de arbitramento do lucro e da aplicação da multa não encontra amparo na legislação, quando o interessado silencia-se sobre as intimações, impondo acréscimo de 50% na multa. Não se pode dar o mesmo tratamento àquele que colabora com a fiscalização e àquele que se mantém silente às intimações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso voluntário, votando pelas conclusões os Conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Talita Pimenta Felix; e, por unanimidade em NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator.

RECURSO ESPECIAL

No recurso especial, a contribuinte afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, relativamente às matérias acima mencionadas.

Quanto à matéria admitida do recurso, a contribuinte desenvolve os argumentos apresentados a seguir:

DA IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DAS MULTAS PUNITIVAS IMPOSTAS

- inicialmente, vale aqui transcrever o quanto posto na Súmula 96 desse E. Tribunal:

> *Súmula 96 do CARF: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de oficio, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.*

- pois bem, o i. agente autuante determinou o acréscimo no montante de 50% (cinquenta por cento) das sanções, ratificado pelas r. decisões dos julgadores *a quo*, sob argumento de a recorrente, supostamente, não ter atendido às solicitações formatadas pela fiscalização. Tal imputação calcaria fundamento, aventadamente, no artigo 44, §2º, da Lei n° 9.430/1996;

- a justificativa para o agravamento, em tais termos, foi apontada, pelo i. preposto fazendário, como relativa à falta de atendimento às intimações fiscais que, de um lado, solicitaram a apresentação de "arquivos fiscais em meio magnético", e, de outro lado, pleitearam elucidação documental a respeito das origens dos créditos bancários aferidos. De alguma forma, supramencionadas condutas teriam relação com as hipóteses do dispositivo legal acima copiado;

- sucede, porém, que tais "omissões" - que, como acima explanado, sequer podem ser ditas como acontecidas, dados os vícios das intimações - já deram causa ao arbitramento do lucro e à presunção de omissão de receitas. Determinar o agravamento das

penalidades em virtude destas circunstâncias representaria, destarte, imposição de duplo efeito pernicioso - ou de dupla sanção - a um só fenômeno ou ato;

- o E. CARF já decidiu pela impossibilidade de agravamento das multas quando a não apresentação de livros e de documentos já tenha ensejado a aplicação do mecanismo arbitral: [...];

- em consonância com essas decisões, a incompatibilidade entre a imposição de multas agravadas e a cominação da presunção omissiva do artigo 42 da Lei n° 9.430/1996 também foi positivada pelo E. CARF: [...];

- a inviabilidade do agravamento também foi reconhecida, noutros precedentes, em virtude de a não apresentação de livros e de documentos não corresponder a qualquer das hipóteses autorizativas do supratranscrito artigo 44, §2º, incisos I a III, da Lei n° 9.430/1996: [...];

- resta evidenciado, portanto, que, uma vez mantidos os lançamentos - conclusão que não podemos aceitar -, deveriam, ao menos, ser minoradas as multas aplicadas, até o percentual de 75% (setenta e cinco por cento). Salvo contrário, estar-se-ia corroborando interpretação inconcebível da legislação, em desacordo com a pacífica jurisprudência do E. CARF.

CONTRARRAZÕES DA PGFN

Em 30/06/2017, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do despacho que deu seguimento parcial ao recurso especial da contribuinte, e em 13/07/2017, o referido órgão apresentou tempestivamente as contrarrazões ao recurso, com os seguintes argumentos:

DOS FUNDAMENTOS PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

- o Termo de Verificação Fiscal relata que o contribuinte não atendeu às intimações nos prazos determinados;

- a partir do relatório fiscal, constata-se que o contribuinte não observou o prazo estipulado no ato de comunicação processual;

- o §2º do art. 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, estabelece que: [...];

- o dispositivo legal acima transcrito determina, expressamente, que o atendimento às intimações enviadas pela autoridade fiscal devem ser atendidas tempestivamente. Não fixa condições outras. Apenas que o contribuinte responda às intimações, no prazo nelas fixado, sob pena de agravamento da multa de ofício a ele imputada;

- o objetivo da norma ao instituir a necessidade de cumprimento do prazo marcado, sem dúvida alguma, era não permitir que o contribuinte protelasse, por tempo indeterminado, o atendimento às intimações emitidas pelo Fisco. Caso contrário, poderia ele, simplesmente, apresentar resposta em quinze, vinte ou trinta dias após o termo final do prazo estipulado pelo auditor fiscal para apresentar a documentação ou prestar esclarecimentos, por

exemplo, e nenhuma penalidade lhe poderia ser imputada. Isso deixaria, em verdade, a critério do próprio sujeito passivo, na ocasião em que fosse de sua conveniência, o momento oportuno de apresentar a resposta para a solicitação feita;

- por certo, deve-se privilegiar a interpretação no sentido de que a lei não utiliza palavras ou expressões inúteis. Em consonância com essa sistemática, observa-se que o dispositivo legal acima transcrito consigna, de forma categórica, como requisito a ser observado pelo sujeito passivo, a fim de não ser penalizado de maneira mais gravosa, não só a resposta a todas as intimações, mas também que essa resposta seja efetuada dentro do prazo marcado;

- não se trata de interpretação extensiva ou conclusão a que se chega da análise de outras circunstâncias que não a letra fria da lei. Trata-se, pois, de disposição expressa e literal que exige, como critério essencial ao não agravamento da multa de ofício, a tempestividade da manifestação do contribuinte;

- neste diapasão, diferentemente da conclusão a que chegou a e. Câmara *a quo*, no sentido de que não cabe o agravamento da multa em decorrência da inobservância do prazo, constata-se que a lei exige o cumprimento do prazo. Entender o dispositivo legal de forma contrária, certamente equivaleria a lhe negar vigência;

- assim, merece reforma o r. acórdão recorrido, neste ponto, pois caso o legislador pretendesse agravar a penalidade aplicada somente nas hipóteses de não atendimento à intimação, não teria elegido também como requisito, que o cumprimento do referido ato se desse de forma tempestiva;

- em face do exposto, requer a União (Fazenda Nacional) seja mantido o entendimento adotado no v. acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Conheço do recurso, pois este preenche os requisitos de admissibilidade.

O presente processo tem por objeto lançamento a título de IRPJ e tributos reflexos (CSLL, PIS e COFINS) sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2009.

A autuação fiscal está fundamentada em omissão de receitas apuradas a partir de depósitos em contas bancárias da contribuinte. Parte dos depósitos foi considerada como receita da atividade da empresa (conforme a indicação dos históricos bancários), e outra parte foi considerada como receita apurada por presunção legal, em razão da não comprovação do origem dos depósitos (respectivamente, Tabelas "A" e "B" do Termo de Verificação Fiscal, e-fls. 1747/1748).

Os dados bancários foram obtidos mediante emissão de Requisição de Movimentação Financeira - RMF para instituições financeiras.

Em razão da não apresentação da escrituração contábil, houve arbitramento dos lucros.

No lançamento sobre a receita da atividade da contribuinte foi aplicada a multa qualificada, e sobre a receita apurada por presunção legal (depósitos sem comprovação de origem) foi aplicada a multa de ofício no seu percentual normal.

Houve ainda o agravamento da multa, em função do não atendimento aos termos de intimação, conforme o disposto no art. 959 do RIR/99. Assim, para os tributos que incidiram sobre os valores da referida Tabela "A", foi aplicada a multa de 225% (multa qualificada e agravada). Sobre os valores da Tabela "B", foi aplicada a multa de 112,5% (multa normal, com agravamento).

A decisão de primeira instância administrativa afastou a qualificação, reduzindo a multa de 225% para 112,5%, e também excluiu do pólo passivo algumas pessoas físicas que haviam sido arroladas como responsáveis tributários.

Em razão dos valores exonerados, houve recurso de ofício ao CARF. E a pessoa jurídica apresentou recurso voluntário para a parte da decisão que lhe foi desfavorável.

A decisão de segunda instância administrativa (acórdão ora recorrido), entre outras questões, decidiu manter o agravamento da multa de ofício, ou seja, manteve a multa no percentual de 112,5%.

E a controvérsia que remanesce nessa fase de recurso especial diz respeito exatamente a essa questão sobre o agravamento da multa.

O primeiro ponto a esclarecer é que o "Termo de Constatação" (e-fls. 1741/1742), que é parte integrante dos autos de infração, noticia que a contribuinte foi intimada, por meio do Termo de Início de Fiscalização, a apresentar "arquivos contábeis em meio magnético" e "arquivos magnéticos de notas fiscais de entradas e saídas".

De fato, o Termo de Início de Fiscalização (e-fls. 04/05), ao listar os elementos que deveriam ser apresentados pela contribuinte, apresentam os itens "1" e "2" com o seguinte conteúdo:

> 1) Arquivos Contábeis em meio magnético (Lançamentos, Saldos de Contas e Plano de Contas), do período sob análise, nos termos dos artigos 265, 266 e 927 do Decreto nº 3000, de 26/03/99, artigos 407, 408 e 418 do Decreto n° 2.637, de 25/06/98, art. 11 da Lei 8.218, de 29/08/91 com a alteração efetuada pelo artigo 72 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 24/08/2001, Instrução Normativa do SRF n° 68, de 27/12/95 c/c Portaria COFIS nº 13, de 28/12/95, Instrução Normativa SRF n° 86, de 22 de Outubro de 2001 c/c Ato Declaratório Executivo COFIS n° 15, de 23 de outubro de 2001) e validados pelo sistema SINCO - Arquivos Contábeis, obtidos no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB na internet - (http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/SINCO/ArquivosContabeis);
>
> 2) Arquivos magnéticos de notas fiscais de entrada e de saída, de acordo com o "lay-out" definido pela legislação de regência (Base Legal : arts. 265, 266 e 927 do Decreto nº 3000, de 26/03/1999; artigos 407, 408 e 418 do Decreto n° 2.637, de 25/06/1998; **art. 11 da Lei 8.218, de 29/08/1991** com a alteração efetuada pelo artigo 72 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 24/08/2001; Instrução Normativa SRF n° 68, de 27/12/1995, combinada com a Portaria COFIS nº 13, de 28/12/1995; Instrução Normativa SRF n° 86, de 22/10/2001 combinada com o Ato Declaratório Executivo COFIS n° 15, de 23/10/2001), validados pelo sistema SVA obtido no sítio (http://www.receita.fazenda.gov.br) da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB na internet;

O mesmo "Termo de Constatação" informa que a contribuinte, até a data da lavratura dos autos de infração, não apresentou nada do que lhe foi solicitado.

O "Termo de Verificação Fiscal" (e-fls. 1743/1750), que também acompanha os autos de infração, registra que houve agravamento da multa em função do não atendimento aos termos de intimação, e transcreve o disposto no art. 959 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99:

> Art. 959. As multas a que se referem os incisos I e II do art. 957 passarão a ser de cento e doze e meio por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, §2º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 70, I):
>
> I - prestar esclarecimentos;
>
> II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 265 e 266;
>
> III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 267.

A base legal do art. 959 do RIR/99 é o art. 44, §2º, da Lei 9.430/1996:

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
>
> [...]
>
> §2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o §1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:
>
> I - prestar esclarecimentos;
>
> **II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;**
>
> III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

Nesse contexto, não é correto entender que o "não atendimento aos termos de intimação" ficou restrito à "não apresentação da escrituração contábil" (motivo indicado para o arbitramento dos lucros), e à falta da comprovação da origem dos depósitos bancários (motivo da presunção legal de omissão de receita).

Com efeito, a afirmação sobre o não atendimento aos termos de intimação também diz respeito à não apresentação dos arquivos digitais mencionados no item "2" do Termo de Início de Fiscalização - "arquivos magnéticos de notas fiscais de entrada e de saída", conforme acima transcrito.

E o não atendimento dessa solicitação configura claramente uma das hipóteses previstas no art. 44, §2º, da Lei 9.430/1996 (inciso II, em destaque na transcrição acima).

É importante destacar que a falta de apresentação desse tipo de arquivo digital solicitado pela fiscalização não se confunde com as causas de arbitramento do lucro.

O arbitramento do lucro e o agravamento da multa estão relacionados a situações que, obviamente, dizem respeito à apuração de tributos, mas que são independentes, podendo ocorrer uma sem a presença da outra.

O contribuinte pode apresentar uma escrituração que ampare a tributação pelo lucro real, e não apresentar algum arquivo digital solicitado pela fiscalização (lucro real com agravamento da multa). O contribuinte também pode ter problemas em sua escrituração que comprometa a apuração pelo lucro real, e apresentar, por exemplo, em atendimento de intimação, um arquivo digital contendo informação sobre as notas fiscais emitidas (lucro arbitrado sem agravamento da multa). Pode ainda haver situações em que ocorra hipótese de arbitramento do lucro e também hipótese de agravamento da multa (lucro arbitrado com agravamento da multa).

No caso dos presentes autos, o não atendimento de intimação, no que se refere "à não apresentação da escrituração contábil", justifica o arbitramento do lucro, e o não atendimento de intimação, no que se refere à não apresentação dos "arquivos magnéticos de notas fiscais de entrada e de saída", fundamenta o agravamento da multa de ofício.

Mais uma vez é importante registrar que o não atendimento de intimação para apresentar arquivos digitais de notas fiscais não é causa de arbitramento do lucro, de modo que a situação dos presentes autos é distinta daquela tratada pela Súmula CARF nº 96.

O mesmo que se disse em relação ao arbitramento dos lucros vale também para a presunção legal de omissão de receita por falta de comprovação de origem dos depósitos bancários.

A referida presunção legal está fundamentada em situação que não se confunde com aquela que ensejou o agravamento da multa.

Houve, no caso, a efetiva concretização da hipótese prevista no art. 44, §2º, II, da Lei 9.430/1996, de modo deve ser mantido o agravamento da multa.

Desse modo, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso especial da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo