

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

Processo nº 19647.010095/2005-15
Recurso nº 164.634 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.282 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2010
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente PRODILER INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

Ementa: 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 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

TAXA SELIC – JUROS DE MORA – PREVISÃO LEGAL - Os juros de mora são calculados pela Taxa Selic desde abril de 1995, por força da Medida Provisória nº 1.621. Cálculo fiscal em perfeita adequação com a legislação pertinente. Súmula nº 04 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

MULTA DE OFÍCIO - APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA – A conduta da contribuinte de não informar a totalidade de suas receitas nas declarações de rendimentos entregues ao Fisco durante anos consecutivos, praticando omissão de receitas, objetivando permanecer no Sistema SIMPLES, denota o elemento subjetivo da prática dolosa e enseja a aplicação de multa qualificada pela ocorrência de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

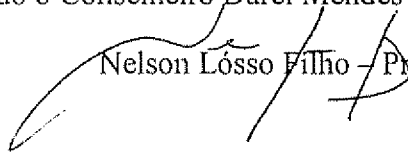
MULTA DE OFÍCIO – CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO – A multa de ofício constitui penalidade imposta como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, não se aplicando a ela o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal.

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

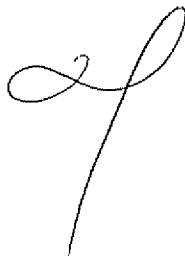
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da responsabilização tributária o Sr. Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Declarou-se impedido o Conselheiro Darci Mendes de Carvalho Filho.

 Nelson Lósso Filho - Presidente e Relator.

EDITADO EM: 11 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, André Ricardo Lemes da Silva, Darci Mendes de Carvalho Filho, Nereida de Miranda Finamore Horta e Orlando Jose Gonçalves Bueno.



Relatório

Contra a empresa Prodiler Informática Ltda., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 1.105/1.116, CSLL, fls. 1.117/1.128, PIS, fls. 684/694, e COFINS, fls. 262/272, por ter a fiscalização constatado as seguintes irregularidades nos anos-calendário de 2002 e 2003, descritas às fls. 1.107/1.111:

“Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e Termos de Intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Valores referentes às receitas de revenda de mercadorias que servem ao cálculo do lucro arbitrado e ao consequente lançamento tributário do IRPJ e CSLL, conforme descrito nos itens “4” a “6” do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do presente auto de infração.

Os valores tributáveis abaixo discriminados foram extraídos dos Livros Registro de Saída de Mercadorias e das Guias de Informação e Apuração Mensal do ICMS – GIAM, estando o levantamento retratado nas planilhas anexadas a este auto de infração.

A aplicação da multa qualificada de cento e cinquenta por cento, prevista no inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, decorre de estar configurado, no caso, o evidente intuito de fraude, pela prática reiterada de infração à legislação tributária. A empresa deixou de escriturar suas operações comerciais e a movimentação financeira, inclusive bancária, nos livros obrigatórios e omitiu, de forma contumaz, informações para o fisco federal, inserindo elementos inexatos nas Declarações Anuais Simplificadas, de forma a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do fato gerador da obrigação tributária.”

A auditora autuante complementa a descrição dos fatos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.132/1.138, de onde extraio o seguinte excerto:

“O contribuinte, optante do SIMPLES nos anos-calendário 2002 e 2003, deixou de escriturar suas operações comerciais e a movimentação financeira, inclusive bancária, nos livros obrigatórios, conforme previsto no art. 7º, § 1º, da Lei 9.317/96, o que configura prática reiterada de infração à legislação tributária

Além da infração acima referida foi constatado que a empresa auferiu receita bruta, no ano-calendário 2002 em montante superior a R\$ 1 200.000,00, excedendo ao limite para sua permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e



Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES no ano-calendário seguinte.

O contribuinte foi excluído do SIMPLES a partir de 01/01/2003, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 104/2005, publicado no Diário Oficial da União em 12/08/2005 e intimado a proceder a escrituração e apresentação dos Livros Diário, Razão e Balancetes, bem como o Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, devidamente revestidos das formalidades legais.

Em 01/09/2005 a empresa apresentou Declaração informando não possuir a escrita contábil, conforme solicitado no Termo de Intimação Fiscal lavrado e cientificado em 24/08/2005

Em decorrência do MPF Complementar, emitido em 31 de agosto de 2005, instrumento que estendeu a fiscalização ao ano-calendário 2002, a empresa foi intimada em 05/09/2005 a apresentar Livro Caixa, devidamente escriturado, bem como o Livro Registro de Inventário, em vista de sua opção pelo SIMPLES.

Em 19/09/2005 a empresa apresentou Declaração informando não possuir os elementos solicitados, referentes ao ano-calendário 2002

Em 03/10/2005 foi encaminhada nova Representação Fiscal ao Sr. Delegado da Receita Federal em RECIFE, com proposta de exclusão do contribuinte do SIMPLES, com efeitos a partir de primeiro de janeiro de 2002, nos termos do inciso V do art. 14 e do inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317/96, pela falta de registro, de maneira contumaz, de suas operações comerciais e de sua movimentação financeira nos livros obrigatórios.

Diante de tudo o que foi constatado e que acima se expôs e, considerando que o contribuinte foi excluído do SIMPLES a partir de 01/01/2002, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 131/2005, publicado no Diário Oficial da União em 07/10/2005, a empresa foi cientificada do fato e INTIMADA em 10/10/2005, em vista do artigo 16 da lei 9.317/96, a efetuar, no prazo de 20 (vinte) dias, a escrituração e apresentação dos livros contábeis, a saber, Diário, Razão e Balancetes, bem como o Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, devidamente revestidos das formalidade legais previstas nos artigos 257, 258, 259 e 262 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99) e, ainda, as demonstrações financeiras respectivas (art. 274 do RIR/99). Foi intimada, ainda, a apresentar as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF e as Declarações de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, referentes ao período fiscalizado

O contribuinte foi cientificado, em 10/10/2005, que o não atendimento do termo supra, no prazo marcado, implicaria no arbitramento dos lucros, para fins de tributação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, com base nas informações de que dispunha a fiscalização.

Em 14/10/2005 a empresa apresentou declaração informando não possuir a escrita contábil, conforme solicitado através do Termo de Intimação Fiscal supra referido



À vista da documentação anteriormente entregue pelo contribuinte à fiscalização (Livros Registro de Saídas e Registro dos Serviços Prestados), de informações obtidas de fontes externas (receita informada pela pessoa jurídica à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco – GLAM) e nos controles internos da Receita Federal, no período de janeiro/2002 a dezembro de 2003, foi realizado o levantamento das receitas brutas, decorrentes das vendas de mercadorias e de prestação de serviços.

Registre-se ainda que as informações relativas às receitas de prestação de serviços obtidas junto à Prefeitura da Cidade do Recife, em resposta ao Ofício SEFIS/DRF/RECIFE nº 24/2005, indicavam que algumas notas fiscais não haviam sido escrituradas no Livro de Serviços Prestados. A empresa foi intimada, em 10/10/2005, a apresentar seus talonários de notas fiscais de serviços prestados, referentes ao período de 01/01/2002 a 31/12/2003.

Em análise dos documentos apresentados foi confirmado que as notas fiscais de nº 03 a 26, emitidas em 2002, e de nº 137 a 146, emitidas em 2003, não haviam sido escrituradas no Livro de Serviços Prestados."

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 29 de novembro de 2005, em cujo arrazoado contesta o lançamento.

Em 02 de fevereiro de 2007 foi prolatado o Acórdão nº 11-18.158, da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife, fls. 1.660/1.685, que considerou procedente em parte o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002, 2003

MATÉRIA DE MÉRITO NÃO CONTESTADA EXCLUSÃO DO SIMPLES E RECEITA BRUTA APURADA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. Os aspectos relativos à responsabilidade dos sócios pelos créditos tributários da pessoa jurídica constituem matéria estranha ao processo administrativo fiscal regularmente instaurado contra esta última, devendo ser apresentada a defesa pertinente em caso de eventual execução fiscal do crédito tributário.

MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes



para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de leis e ilegalidade de atos regularmente editados.

MULTA QUALIFICADA.

Declarar a menor seus rendimentos, convalidando a prática sistemática adotada durante todo o ano-calendário de recolher mensalmente a menor os valores dos impostos e contribuições devidos, constitui conduta dolosa que tenta impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

PAGAMENTOS EFETUADOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES IRPJ, CSLL, PIS, COFINS.

Por ocasião do lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, devem ser considerados os recolhimentos efetuados a tais títulos mediante a sistemática unificada do Simples, relativos aos mesmos períodos de apuração.

Lançamento Procedente em Parte."

Cientificado em 11 de outubro de 2007, AR de fls. 1.691, e irrisignados com o Acórdão de Primeira Instância, os responsabilizados tributariamente Alexandre Fonseca Cavalcanti e Paulo César Fonseca Cavalcanti apresentam o recurso voluntário protocolado em 08 de novembro de 2007, em cujo arrazoadado de fls. 1.602/1.624, alega, em apertada síntese, o seguinte:

Quanto à imputação da responsabilidade tributária:

1- a sujeição passiva solidária imputada aos sócios da pessoa jurídica é totalmente descabida, em face do elemento teleológico de interpretação dos dispositivos do CTN citados, existindo equívoco da autoridade fiscalizadora no momento da lavratura do termo de sujeição;

2- a autoridade fiscalizadora ao lavrar o Termo de Sujeição Passiva Solidária que inseriu os recorrentes no pólo passivo da relação jurídico-tributária em questão, partiu de premissa errônea, desconforme com o elemento teleológico de interpretação dos arts. 124 e 135, III, do Código Tributário Nacional;

3- a interpretação errônea do fato da responsabilidade passiva solidária dos sócios fica clara, a partir do momento em que no Acórdão os auditores por maioria entendem que a referida matéria deve ser apreciada no âmbito da execução judicial;

4- como se observa do transcrito no Termo de sujeição passiva, o motivo pelo qual os recorrentes foi autuado como responsável solidário recai simplesmente no fato de figurar como sócio da empresa no período da ocorrência dos ilícitos;

5- a solidariedade tributária definida no art. 124 e seguintes do CTN, tem por finalidade a ampliação do leque de devedores de determinados créditos tributários, com vistas a garantir a arrecadação, protegendo-a contra intuitos fraudulentos ou afins;

6- verifica-se pelo art. 121 do CTN que é perfeitamente possível a inserção do responsável no pólo passivo da obrigação tributária, caso sua obrigação decorra de disposição expressa de Lei;



7- acontece que a autoridade fiscalizadora achou por bem inserir no pólo passivo da relação jurídico-tributária os recorrentes, que não tem relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador do tributo cobrado. Colocou-os em conjunto com a empresa, verdadeira contribuinte do tributo;

8- alegou a autoridade fiscalizadora que restavam cumpridos os requisitos do art. 135, III do CTN, que supostamente lhe autorizava a proceder de tal maneira;

9- o art. 135 do CTN constitui regra de exceção na medida em que exige que determinadas condições sejam cumpridas para que possa ser aplicado. A regra geral é a cobrança do crédito diretamente ao contribuinte, ou ao responsável que a lei expressamente definir;

10- a finalidade do referido artigo foi conferir à autoridade fiscalizadora uma ferramenta que possibilitasse a cobrança de créditos diretamente dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privados, desde que eles agissem com excesso de poderes ou violação de lei, estatuto ou contrato social. É necessário que o sócio que venha ser atingido por uma possível autuação tenha agido ou se omitido, e que tal ato ou omissão tenha resultado em uma obrigação tributária;

11- não era suficiente apenas que os recorrentes figurassem como sócios da empresa à época do acontecimento dos ilícitos para que fosse decretada sua responsabilidade solidária, através da aplicação dos arts. 124 e 135, III do CTN. É imperativo que os mesmos tenham sido responsáveis direta e pessoalmente pelo ato ou omissão que venha a resultar em obrigação tributária. Tal responsabilidade tem que ser comprovada por competente procedimento, não se aplicando ao caso a presunção de legitimidade dos atos da Fazenda Pública.

Quanto ao mérito do lançamento.

1- não há circunstância que demonstre o intuito de fraude, e, por conseguinte, não se justifica a aplicação da multa de 150%;

2- ante a atividade fiscalizadora os recorrentes procuraram atender a todas as exigências realizadas pela auditora, o que descaracteriza qualquer intenção de fraude;

3- os recorrentes não praticaram nenhuma conduta que enquadrasse o elemento subjetivo do tipo dolo específico, não sendo aplicável a multa exacerbada;

4- não ocorreu omissão de receitas proposital pela empresa e sim declaração inexata. Existiria omissão de receitas caso o contribuinte houvesse maquiado sua contabilidade fiscal para esconder tal fato;

5- o caráter confiscatório da multa de ofício que não poderia ultrapassar a 30%;

6- a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa Selic como juros de mora.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Relator, Nelson Lósso Filho

O recurso apresentado apenas pelas pessoas físicas Alexandre Fonseca Cavalcanti e Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, sócios da empresa autuada e responsabilizados tributariamente, é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

As matérias em litígio dizem respeito à responsabilização tributária dos sócios da empresa Prodiler Informática Ltda., Alexandre Fonseca Cavalcanti e Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, a impossibilidade da imposição da multa 150% quando não demonstrada a prática de dolo ou fraude pela autuada, o caráter confiscatório da multa de ofício e a inconstitucionalidade da utilização da Taxa Selic como juros de mora.

Quanto à responsabilização tributária, entendo correto o seu direcionamento pelo Fisco para o sócio Alexandre Fonseca Cavalcanti, que exercia as funções de gerência da empresa e teve assim participação direta nas situações de irregularidades engendradas para afastar do Fisco o conhecimento do fato gerador do tributo.

Concordo com os fundamentos expendido pela relatora do acórdão no voto vencido, que analisando a sujeição passiva entendeu que apenas o sócio que constava do Contrato Social como administrador da empresa estaria sujeito à responsabilização pelos tributos devidos.

Por pertinente, abaixo transcrevo seus fundamentos.

“A sujeição Passiva solidária foi constituída com fundamento no artigo 135, inciso III da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, pelo o fato de os Senhores Alexandre Fonseca Cavalcanti, CPF nº 866.423.324-15 e Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, CPF nº 642.900.694-87, serem os sócios da autuada à época da ocorrência do ilícito descrito no Termo de Verificação Fiscal, qual seja, a falta de escrituração de operações comerciais e a movimentação financeira, inclusive bancária, nos livros obrigatórios e a omissão de informações para o fisco federal, de maneira contumaz, inserindo elementos inexatos nas declarações Anuais Simplificadas, de forma a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do fato gerador da obrigação tributária, tendo sido, inclusive, lançado a multa qualificada de 150%, prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/9 E, em conformidade com o disposto no art. 124 do CTN, estabeleceu-se à solidariedade entre eles, sem benefício de ordem.

Segundo o disposto no art. 275 do novo CC, Solidariedade passiva é a relação obrigacional, decorrente de lei ou vontade das partes, com multiplicidade de devedores, sendo que cada um responderá in totum et totaliter pelo cumprimento da prestação, como se fosse o único devedor (RJT, 98:449; RT, 670:117).



A questão do ilícito já foi analisada sob o enfoque da multa qualificada, não restando dúvidas quanto à sua ocorrência. Resta agora, analisar especificamente a questão do enquadramento dos mencionados sócios na figura de responsáveis tributários por transferência, com base no disposto no art. 135, inciso II do CTN, que prevê a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando as obrigações tributárias tenham surgido de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Sendo Sociedade Limitada encontra-se regida pelos os artigos 1.052 a 1.087 do novo Código Civil. O art. 1.060 daquele Código, ao tratar da administração estabelece que "A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado." O administrador assim estabelecido desempenhará a gerência e representará ativa e passivamente a sociedade.

Vê-se, pelas cópias do Instrumento de Constituição do Contrato Social da Sociedade por cotas de Responsabilidade Limitada (fls. 504 a 507/Volume III) e da Alteração Contratual da Sociedade Limitada (fls. 508 a 516/Volume III) que no período que compreende o Registro da constituição (23 de abril de 2001) até o registro da Alteração Contratual (14/05/2004), onde houve retirada e inclusão de sócio, portanto, o período relativo aos anos-calendário autuados, a administração e uso da firma da empresa coube exclusivamente ao sócio Alexandre Fonseca Cavalcanti, CPF nº 866.423.324-15, sendo este o único representante da sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, consoante consta das cláusulas sétima e oitava daquele instrumento (fl. 505/volume III). Portanto, o Sr. Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, CPF nº 642.900.694-87 não era sócio administrador no período e, portanto, não era representante da sociedade.

Assim sendo, é de se entender que apenas o Sr. Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, CPF nº 642.900.694-87, por não ser representante da sociedade à época da ocorrência do fato não pode figurar no pólo passivo solidário, posto que não se enquadra na regra contida no art. 135, inciso III do CTN. Devendo, porém, permanecer a responsabilidade tributária contra o Sr. Alexandre Fonseca Cavalcanti, CPF nº 866.423.324-15."

Portanto, resta caracterizada apenas a participação do sócio administrador da empresa autuada, Alexandre Fonseca Cavalcanti, nos fatos que afastaram da tributação significativa parcela dos ganhos auferidos pela pessoa jurídica.

A infração detectada pelo Fisco resume-se à exclusão do SIMPLES, com o consequente arbitramento do lucro tributável ante a falta de apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais.



Os recursos apresentados pelas pessoas físicas não contestam a exclusão da empresa do SIMPLES

Todos os elementos trazidos aos autos militam contra a contribuinte, que em nenhum momento logrou, por elementos probantes, colocar em dúvida a acusação contida no trabalho fiscal. Pelo contrário, permanecem incólumes todas as provas coletadas pelo Fisco.

As esparsas alegações apresentadas não conseguiram ilidir a constatação da irregularidade detectada pela fiscalização. Não junta os recorrentes nenhum documento ou qualquer outro elemento que justifique os procedimentos adotados.

Constatada as irregularidades, com a exclusão do SIMPLES do contribuinte pelo Ato Declaratório Executivo nº 131/2005, de 07/10/2005, restou como única opção o arbitramento do lucro tributável nos períodos auditados.

Irretocáveis os fundamentos do acórdão de primeira instância quanto ao arbitramento do lucro, uma vez que a empresa, após a exclusão do SIMPLES, para ser tributada pelo regime do Lucro Real deveria, para apresentar os resultados do período, manter escrituração contábil em boas condições, respeitando as técnicas e normas contábeis, apurando o lucro líquido do exercício, demonstrando seu efetivo resultado a cada ano, adotando as condutas impostas pela legislação comercial e fiscal.

A exclusão do regime do SIMPLES, em virtude da falta de apresentação de livros ou documentos contábeis ou fiscais, além de excesso de receita bruta, ao impossibilitar a perfeita apuração dos resultados do período, autoriza o arbitramento do lucro tributável, conforme prevê o artigo 530, inciso II, letras "a" e "b" do RIR/99.

Este artigo está assim redigido:

"Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8 981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido,

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário."



Conclui-se que o arbitramento nada mais é do que uma das formas de apuração do lucro tributável, quando da impossibilidade de utilização ou opção pelo Lucro Real ou Presumido, não tendo efeito de penalidade.

Deve, portanto, ser confirmado o arbitramento do lucro tributável da empresa Prodiler Informática Ltda.

Assim, confirmada a exclusão do SIMPLES e a constatação de omissão de receitas, deve a empresa se sujeitar à incidência dos tributos federais como pessoa jurídica comum, sem qualquer benefício fiscal, devendo ser mantido o lançamento.

No que concerne à imposição da multa qualificada, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, vejo que foi perfeitamente aplicada ao caso em voga, haja vista a conduta dolosa da contribuinte ao omitir receitas durante períodos consecutivos, declarando sistematicamente montantes de receitas inferiores aos escriturados, objetivando permanecer no sistema SIMPLES.

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 está assim redigido:

"Art. 44 – Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(Omissis)

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis"

Fica claro que a infração submetida à hipótese da multa do inciso II do artigo 44 é a ação ou omissão com intenção de retardar ou impedir o pagamento do tributo, cujo fato gerador tenha ocorrido.

Alberto Xavier traduz com clareza, apoiado em Rubens Gomes de Sousa, a noção deste instituto:

"Não cabe dúvida que a definição se inspirou nas lições de Rubens Gomes de Sousa, quando ensinava no seu 'Compêndio de Legislação Tributária' que a fraude fiscal – uma das infrações tributárias simples, por oposição aos crimes e contravenção em matéria tributária – podia ser definida como toda ação ou omissão destinada a evitar ou retardar o pagamento de um tributo devido, ou a pagar tributo menor que o devido. Em face desta noção desenhava-se bem simples a distinção entre a fraude fiscal e a evasão de imposto. Ambas seriam ações ou omissões destinadas a evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo, mas enquanto a fraude fiscal pressupõe a ocorrência do fato gerador, isto é, uma obrigação tributária já existente, constituindo uma infração, a evasão coloca-se em momento anterior ao da ocorrência do fato gerador, antes pois do nascimento da obrigação do imposto, pelo que não caberia no caso falar-se em ato ilícito."

O artigo 72 da Lei nº 4.502/64 traz a definição de fraude citada no art. 44 da Lei nº 9.430/96:



“Art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.”

Ao definir que fraude é a ação ou omissão dolosa para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do tributo, o legislador entendeu que tal procedimento seria motivado por artifício engendrado para impossibilitar a exteriorização completa de um fato que efetivamente aconteceu ou vai acontecer na hipótese de incidência tributária.

Novamente Alberto Xavier, com apoio em Galvão Teles, define assim o conceito do dolo no campo tributário:

“Ensina Galvão Teles – com a clareza que é de seu timbre – que ‘dolo, na acepção com que lhe dá a linguagem dos juristas, é a intenção de provocar um evento ou resultado contrário ao Direito. O agente prevê e quer o resultado ilícito; este representa-se no espírito do sujeito que o elege como fim, e para ele dirige a sua vontade através de uma conduta ativa ou passiva’ (Dos Contratos em Geral, 2ª ed., 1962, pág. 45). Não pode falar-se em fraude à lei sem que exista dolo e não pode falar-se em dolo onde não ocorra uma especial direção subjetiva da consciência e vontade do agente que possa caracterizar-se como ‘intenção fraudulenta’ ”

A autuante justifica a imposição da multa qualificada com os fundamentos a seguir:

“A aplicação da multa qualificada de cento e cinquenta por cento, prevista no inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, decorre de estar configurado, no caso, o evidente intuito de fraude, pela prática reiterada de infração à legislação tributária. A empresa deixou de escriturar suas operações comerciais e a movimentação financeira, inclusive bancária, nos livros obrigatórios e omitiu, de forma contumaz, informações para o fisco federal, inserindo elementos inexatos nas Declarações Anuais Simplificadas, de forma a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do fato gerador da obrigação tributária.”

As irregularidades apuradas pelo Fisco justificam a imposição da multa qualificada, quando a empresa omitiu receitas e reduziu sistematicamente durante períodos consecutivos a receita declarada, para permanecer no sistema incentivado.

Assim, não conseguindo a recorrente demonstrar a inconsistência do lançamento fiscal, não trazendo à colação nenhuma prova que descaracterize a infração que lhe está sendo imputada, fica denotada a intenção de reduzir o pagamento do tributo por artifício doloso, sendo aplicável a multa qualificada de 150%.

As alegações apresentadas pelo recorrente a respeito da inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora, por ferir normas e princípios constitucionais, e o efeito confiscatório da multa de ofício 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 juizes 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)

32. Não obstante, é mister que a competência julgadora dos Conselhos de Contribuintes seja exercida – como vem sendo até aqui – com cautela, pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo pronunciamento final e definitivo do STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa.”(grifo nosso)

Com base nestas orientações foi expedido o Decreto nº 2.346/97, que determina o seguinte:

“As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.



§ 1 - Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial" (grifo nosso)

Este entendimento já está pacificado pelo Poder Judiciário, como se vê no julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que faz referência a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF):

"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL – CTN – CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA – INCONSTITUCIONALIDADE.

Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n° 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário. Agravo regimental improvido "(Ac. unânime da 2ª Turma do STJ – Agravo Regimental 165.452-SC – Relator Ministro Ari Pargendler – D.J.U. de 09.02.98 – in Repertório IOB de Jurisprudência n° 07/98, pág. 148 – verbete 1/12.106)

Recorro, também, ao testemunho do Prof. Hugo de Brito Machado para corroborar a tese da impossibilidade desta apreciação pelo julgador administrativo, antes do pronunciamento do STF:

"A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional" (in "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Editora Revista dos Tribunais, págs. 302/303).

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.

Vejo que foi prolatada a Súmula n° 02 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no sentido de que "o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Em relação à taxa SELIC, o Supremo Tribunal Federal proferiu nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (n° 4-7 de 7.03.1991) que a aplicação de juros moratórios acima de 12% ao ano não ofende a Constituição, pois seu dispositivo que fixa a limitação ainda depende de regulamentação para ser aplicado. Assim está ementado tal julgado:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL MANDADO DE INJUNÇÃO
TAXA DE JUROS REAIS LIMITE DE 12% AO ANO ARTIGOS
5º, INCISO LXXI, E 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*



1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei Complementar regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se referem o "caput" e seus incisos do mesmo dispositivo..." (STF pleno, MI 490/SP).

É neste sentido a Súmula nº 04 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que firmou entendimento de que 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.

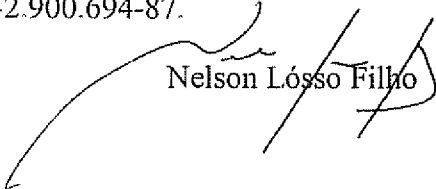
Quanto à multa de ofício, é perfeitamente aplicável ao fato apurado, haja vista a constatação de irregularidades tributárias, não se adequando aqui o conceito de Confisco estampado no artigo 150 da Constituição Federal, que trata desta situação apenas no caso de tributos.

Lançamentos Decorrentes:

PIS – COFINS e CSLL

Os lançamentos do PIS, da COFINS e da CSLL em questão tiveram origem em matéria fática apurada na exigência principal, na qual a fiscalização lançou crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Tendo em vista a estreita relação entre eles existente, deve-se aqui seguir os efeitos da decisão ali proferida.

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para excluir da responsabilização tributária o Sr. Paulo Cezar Fonseca Cavalcanti, CPF nº 642.900.694-87.


Nelson Lósso Filho



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO : 19647.010095/2005-15

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada nos despachos supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 12 de novembro de 2010.

Maria Conceição de Sousa Rodrigues
Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração.