



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

Processo nº 10240.720252/2010-60
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.398 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2017
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Recorrente M E PAZ ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

DECISÕES ADMINISTRATIVAS EFEITOS

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

CERCEAMENTO NO DIREITO DE DEFESA. FASE FISCALIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa antes de iniciado o prazo para a impugnação do lançamento, haja vista que, no decurso da ação fiscal, inexistente litígio ou contraditório, por força do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972.

NULIDADE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) NÃO OCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da Fiscalização, não implicando nulidade do procedimento as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

DECADÊNCIA LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Nos lançamentos por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no § 4º do art. 150 do CTN. De outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I do CTN.

SIGILO BANCÁRIO

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, portanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA FATO INDICIÁRIO. FATO JURIDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS OMISSÃO DE REDIMENTOS PRESUNÇÃO LEGAL.

A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciando nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - EFEITO CONFISCATÓRIO

Não há de se cogitar da materialização das hipóteses de confisco e de ofensa ao Princípio da Capacidade Contributiva quando os lançamentos se pautaram nos pressupostos jurídicos, declarados no enquadramento legal, e fático, esses coadunados com o conteúdo econômico das operações comerciais do contribuinte.

JUROS TAXA SELIC

Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar arguição de sua ilegalidade/inconstitucionalidade.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Cabível a atribuição da responsabilidade solidária, quando comprovado o interesse comum na relação econômica que originaram os fatos geradores da obrigação tributária.

ALEGAÇÕES GENÉRICAS. APLICAÇÃO DO ART. 17, DO DEC. N.º 70.235/72. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Em processo administrativo tributário, o poder instrutório da defesa compete, em princípio, ao sujeito passivo, o que lhe exige carrear aos autos provas

capazes de amparar convenientemente seu direito, o que não ocorreu no presente caso.

Inexistindo a insurgência específica com relação à fundamentação da decisão recorrida ou à motivação do próprio lançamento tributário, aplicável o art. 17, do Dec. n.º 70.235/72.

CARF. COMPETÊNCIA RECURSAL. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA LANÇAR E PARA CONHECER ORIGINARIAMENTE DE QUESTÕES NÃO SUSCITADAS NA INSTÂNCIA RECORRIDA.

Às instâncias julgadoras não compete o lançamento de tributos ou a sua revisão de ofício, mas o julgamento de matérias controversas, no limite em que impugnadas (art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Visto, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Rogério Aparecido Gil, Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Guimarães da Fonseca, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente, justificadamente o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Relatório

Por bem relatar os fatos e argumentos que compõem o objeto deste processo, adoto o relatório da DRJ/BEL, e passo a transcrevê-lo:

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), de Programa de Integração Social (PIS), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade (COFINS), referente ao ano-calendário de 2006, com os lançamentos discriminados no quadro 1 a seguir (principal, multa e juros, calculados até 30.06.2010).

TRIBUTOS	IMPOSTO	JUROS DE MORA- RS	MULTA- RS	TOTAL-RS
IRPJ	252.595,88	99.863,76	378.893,81	731.353,45
PIS	74.911,32	30.523,14	112.366,94	217.801,40
COFINS	345.744,82	140.876,36	518.617,21	1.005.238,39
CSLL	124.468,13	49.327,80	186.702,18	360.498,11
TOTAL				2.314.891,35

- DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

2. A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária a saber:

2.1- OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

A infração verificada foi enquadrada como OMISSÃO DE RECEITAS-DEPÓSITOS bancários de origem não comprovada devido à omissão de receita verificada pelos depósitos/créditos em conta corrente com origem não comprovada por documentação hábil e idônea, conforme enquadramento legal citado no Auto de Infração.

2.2- DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do lucro real, em virtude dos fatos abaixo enumerados:

- Exclusão do SIMPLES com efeitos retroativos a 01/01/2013;
- Comprovação de interposta pessoa no momento bancário;
- Livro Razão contendo deficiência na escrituração, que a tornam imprestável para identificar a efetiva movimentação bancária da empresa, já que a origem dos recursos relativos aos débitos/ créditos em contas- correntes não foi comprovada.

Art.530, inciso II, do RIR/99.

2.3 – DA MULTA QUALIFICADA- 150%

A justificativa para qualificar a multa reside no fato do sujeito passivo ter transmitido “ Declarações Simplificada da Pessoa Jurídica- Simples (PJSI) informado que não obteve receitas no ano- calendário de 2006, embora tenha realizado movimentação financeira em valores expressivos, através da qual foram constatados depósitos em contas-correntes sem origem não comprovada. Acrescenta-se ainda, o fato de que tais movimentações referem-se também, às atividades de outra empresa, sem motivo justificável para tal procedimento adotado por ambas empresas. Assim, temos um conjunto de condutas cujo objetivo não pode ser outro, senão aquelas tendentes a retardar o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, assim como das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

2.4 – DA SUJEIÇÃO PASSIVA

Com base no art.124 e 135 do Código Tributário Nacional- CTN, Lei nº 5.172, de outubro de 1966 lavrou-se juntamente com o Auto de Infração, o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em nome da empresa QUALIMAX INDUSTRIA E COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO DE RAÃO LTDA. (CNPJ 06.185.537/0001-50) em decorrência dos fatos a seguir listados:

- Conforme Termo de Constatação nº 001/2009, lavrado em 08/04/2009, o funcionário da empresa Qualimax Industria Comercio e Distribuidora de Rações Ltda. Stephenson Jackson R. Silva, também procurador da empresa M E Paz- ME, afirma que ambas as empresas estão sob responsabilidade da mesma pessoa;

- A empresa M E Paz – ME protocolou nesta Seção de Fiscalização, em 26/08/2009 documento no qual afirma que as contas bancárias de titularidade da empresa fiscalizada foram utilizadas pela empresa Qualimax Industria Comercio e Distribuidora de Rações Ltda em todas as operações desde agosto de 2004 até o encerramento das mesmas;

- Clevrson Carlos de Oliveira (CPF nº 696.666.792-72) é procurador de ambas as empresas aqui tratadas e, em 30/11/2009, protocolou documento nesta Seção representando a empresa M E Paz – ME; e nesta ocasião apresenta O Livro Razão da empresa Qualimax, amostras de notas fiscais também da empresa que a fiscalizada e boletos emitidos para crédito nas contas- correntes da empresa M E PAZ- ME;

- De acordo Com o descrito nos tópicos anteriores, as empresas envolvidas confirmam que exercem suas atividades como se apenas uma única empresa fossem utilizando as mesmas contas bancárias, o mesmo procurador, a mesma sócia e a mesma atividade.

Fica, então, evidente a responsabilidade da empresa Qualimax Indústria e Comércio e Distribuidora de Rações Ltda, na qualidade de responsabilidade solidária, por ter interesse comum nos fatos geradores da obrigação tributária aqui tratada, nos termos do art. 124 do CTN.

III- DA IMPUGNAÇÃO

3- Em 16/08/2010, o Contribuinte apresentou impugnação ao Auto de infração (fls.823/926), e alega em síntese:

3.DAS PRELIMINARES

3.1- DA TEMPESTIVIDADE

A presente defesa será protocolada, atendendo os dispositivos legais pertinentes (arts. 5º e 15 do Decreto nº 70.235/72), logo tempestiva a Impugnação.

3.2- DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

a). Por ter deixado de cumprir os prazos regulamentar para a prorrogação dos trabalhos de auditoria, e também não constatado, no processo, a autorização para a prorrogação;

b) . Por ter a fiscalização, concedido prazos inferiores ao solicitado;

c) Suspeição de autoridade por haver perseguição por parte da Fiscalização, tendo em vista a fiscalização de empresas do mesmo grupo;

d). Por ter solicitado levantamento e cruzamento das informações financeiras constantes nos livros contábeis e não atendido;

e). Por ter lavrado o Auto de Infração logo após o termino da intimação para apresentação de documentação;

4-DO MÉRITO- EM RELAÇÃO AOS ELEMENTOS DE PROVA

Alega em síntese:

a) - *A empresa, em epígrafe, explorou suas atividades até junho/2004, e por decisão do seu titular foi admitido o Sócio entrante Erivan Fernandes Cavalcante, CPF nº 606.717.662-87, e foi criada a Qualimax Industria e Comercio e Distribuidora de Rações, com CNPJ nº 06.185.534/0001-50;*

b) -*Que a empresa Qualimax Industria Comércio e Distribuidora de Ração Ltda, ora constituída, devido ao crédito financeiro, utilizou as contas bancárias da Impugnante para a manutenção de seu negócio;*

c) -*Que outro fato relevante, é que utilizou a estrutura administrativa da Impugnante, tais como faturamento, cadastro de fornecedores, emissão de boletos bancários entre outros;*

d) -*Que apesar de não ser atendido a solicitação de prazo, de 150 (cento e cinquenta dias), para a apresentação da documentação, comprova, através da planilha de número 1, com relação dos boletos emitidos em favor da empresa M E PAZ- ME, juntamente com as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Qualimax Industria, Comercio e Distribuidora de Ração Ltda;*

e) -*Que anexou as planilhas II, III, IV, V e VI, onde constam os cruzamentos entre depósitos efetuados nas contas Correntes, bem como as cópias das Notas Fiscais emitidas contra clientes para a comprovação da origem financeira;*

f) - *Que vários documentos lançados a títulos de receita para compor a base de cálculos forma duplicados e por outras vezes foram desconsiderados estornos de lançamentos e até mesmo erros de valores lançados, conforme planilha de fls. 863;*

g) - *Que está facilmente demonstrada o vínculo financeiro entre as empresas M E PAZ – ME e a QUALIMAX , como por exemplo:*

Segue cópia do cheque 003713 da mesma conta corrente Banco Bradesco S.A da Empresa M E Paz- ME, emitido e depositado na C/C da empresa Qualimax Industria e Comércio de Rações Ltda, comprovando a vinculação financeira entre as empresas.

h) *Que apesar de existir sigilo bancário, direito constitucional, e a empresa alega-la na defesa pedindo nulidade do auto de Infração, a Fiscalização solicita os extratos às Instituições Financeiras e muitas vezes obtém êxito;*

i) - *Que os numerários utilizados para elaboração do referido Auto de Infração, foram os mesmos que seviram para os pagamentos de fornecedores da QUALIMAX INDUSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE RAÇÃO LTDA;*

j)- *Que R\$ 179.190,80, laçando em 22/11/2006, refere-se a Cédula de Crédito Bancário que representa operação financeira entre a empresa e o Banco;*

k) - *Que está apresentado todos os documentos necessários para a comprovação da improcedência do Auto de Infração;*

l). *Em relação à multa qualificada de 150% e o princípio do não confisco alega:*

Podemos observar nos Autos que a empresa em todos as solicitações prontamente atendeu a Atuante, e está ainda insiste em tese de intuito de fraude por parte da empresa e seus administradores;

Como pode Sr. Delegado, haver fraude por parte da empresa, se as provas para a autuação foram fornecidas pela empresa?

Como a empresa estaria com tal interesse ou ânimo como explica a autuante se todas as provas utilizadas para o lavramento do presente Auto foram fornecidas pela própria empresa? (fls 869)

Certamente a multa de 150% quanto a tal circunstância, além de consubstanciar a ilegalidade, tem uma feição de confiscar do contribuinte quase a totalidade do valor que não é mais devido à Fazenda pela efetivação da homologação, extinção e decadência do crédito tributário. (fls 871)

m) Em relação a taxa SELIC alega:

A taxa SELIC, pretendida pela a Fazenda Pública posteriormente a janeiro de 1997, é manifestadamente inconstitucional.

o) A empresa QUALIMAX INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO DE RAÇÃO LTDA, qualificada como responsável solidária apresentou Impugnação ao Auto de Infração (fls 876/926), trazendo as mesmas argumentações acima mencionadas;

p). Não constam nos Autos, Impugnação expressa ao arbitramento do Lucro (item II – 2.2), para tanto será considerada Matéria não Impugnada:

q) – Para consubstanciar as suas argumentações, a Impugnante citou algumas decisões administrativas.

No julgamento das razões acima expostas, a DRJ/BEL julgou procedente em parte a impugnação, mantendo o crédito tributário, conforme denota a ementa do acórdão a seguir transcrito:

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Ano- Calendário: 2006

DECISÕES ADMINISTRATIVAS EFEITOS

São improfícuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

CERCEAMENTO NO DIREITO DE DEFESA. FASE FISCALIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa antes de iniciado o prazo para a impugnação do lançamento, haja vista que, no decurso da ação fiscal, inexistente litígio ou contraditório, por força do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972.

NULIDADE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) NÃO OCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e

controle das atividades e procedimentos da Fiscalização, não implicando nulidade do procedimento as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

DECADÊNCIA LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Nos lançamentos por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no § 4º do art. 150 do CTN. De outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I do CTN.

SIGILO BANCÁRIO

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, portanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA FATO INDICIÁRIO. FATO JURIDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS OMISSÃO DE REDIMENTOS PRESUNÇÃO LEGAL. *A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.*

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciando nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

*LANÇAMENTO DE OFÍCIO – EFEITO
CONFISCATÓRIO*

Não há de se cogitar da materialização das hipóteses de confisco e de ofensa ao Princípio da Capacidade Contributiva quando os lançamentos se pautaram nos pressupostos jurídicos, declarados no enquadramento legal, e fático, esses coadunados com o conteúdo econômico das operações comerciais do contribuinte.

JUROS TAXA SELIC

Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar arguição de sua ilegalidade/inconstitucionalidade.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Cabível a atribuição da responsabilidade solidária, quando comprovado o interesse comum na relação econômica que originaram os fatos geradores da obrigação tributária.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA – ARBITRAMENTO DO LUCRO

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo contribuinte.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Impugnação procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada do Acórdão de impugnação, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário para apreciação deste Conselho, reiterando os mesmos argumentos aduzidos na sua impugnação, sem rebater nenhum argumento lançado pelo acórdão da DRJ/BEL.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

Tendo em vista a ciência formal do acórdão DRJ em 27 de maio de 2011 (vide fls.1179), fica caracterizada sua tempestividade. Sendo assim, conheço do presente recurso.

Cabe frisar, que nos termos do §3º, do art. 57 do RICARF, com redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017, adoto como razões de decidir parte da decisão recorrida, que abaixo transcrevo, *litteris*:

“02 – DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, porque tais decisões, mesmo que proferidas por órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, eis que somente se aplicam sobre a questão em análise e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.

Neste sentido, o inciso II do artigo 100 do CTN determina que:

Art. 100 . São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...]

II- as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativos a que a lei atribua eficácia normativa:

[grifei]

Veja-se também o Parecer Normativo CST nº 390/1971:

Entenda-se que, não se constituindo em norma legal geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquele objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova relação a contribuinte parte no processo de que decorre a decisão daquele colegiado.

Logo, mesmo que o Conselho de Contribuintes, hoje Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tenha decidido reiteradas vezes sobre determinada questão, pode a autoridade administrativa da Delegacia de Julgamento ter outro entendimento, salvo na hipótese de edição de súmula administrativa, na forma do artigo 26-A do Decreto 70.235/1972, incluído pela Lei 11.196/2005.

03- DA NULIDADE DO AUTO INFRAÇÃO

01- DA PRELIMINAR DE NULIDADE- DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Verifica-se que a contribuinte argui a nulidade do ato administrativo resistido sob o fundamento de que deve ser reconhecida “ a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa”, pelas seguintes razões:

- Por ter deixado de cumprir os prazos regulamentar para a prorrogação dos trabalhos de auditoria, e também não constatado, no processo, a autorização para a prorrogação;

- Por ter, a fiscalização, concedido prazos inferiores ao solicitado;

- Suspeição de autoridade por haver perseguição por parte da Fiscalização, tendo em vista a fiscalização de empresas do mesmo grupo;

- Por ter solicitado levantamento e cruzamento das informações financeiras constantes nos livros contábeis e não foi atendido;

- Por ter lavrado o Auto de Infração logo após o termino da intimação para apresentação de documentação;

Porém, não é essa situação que se apresenta os autos. Consta no MPF, que o procedimento fiscal é fiscalização do IPJ do período de 01/2006 a 12/2006(fl. 107). O Contribuinte foi intimado a apresentar, conforme o Termo de Início de Fiscalização, os livros caixa e de inventário, do ano calendário de 2006, logo, de acordo o MPF.

Vejamos o comando de § 1º do art.7º da Portaria nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007 que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 7º O MOF-F, o MPF- D e o MPF-E conterão:

I- A numeração de identificação e controle;

II- Os dados identificadores do sujeito passivo;

III- a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV- O prazo para a realização do procedimento fiscal;

V- O nome e a matrícula do AFRFB responsável pela execução do mandado;

VI – O nome, o número do telefone e o endereço funcional do chefe do AFRFB a que se refere o inciso V; e

VII- o nome, a matrícula e o registro de assinatura eletrônica da autoridade outorgante e, na hipótese de delegação de competência, a indicação do respectivo ato.

§ 1º O MPF-F e o MPF-E indicarão, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, cujos fatos geradores tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

Foi mencionado também, no referido termo, a possibilidade do contribuinte verificar a autenticidade, através da página da Secretária da Receita Federal do Brasil na internet ([http:// www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br)), com a informação do CNPJ e do código de acesso nº 41649602, conforme assenti no art. 4º da Portaria RFB nº 11.371/2007.

Art.4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art.23 do Decreto nº 70.235, de março de 1972, com redação dada pelo art.67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Como vimos acima a ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art.23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

No caso da pessoa física ou jurídica não possuir acesso a Internet poderá verificar a autenticidade do Mandado comparecendo a uma unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Entendo que esta é uma questão menor no que tange à anulabilidade do lançamento, pois o MPF é, na verdade, um instrumento de gerenciamento e planejamento da atividade fiscal, conclusão a que se chega pela leitura dos arts. 1º e 2º da Portaria SRF nº 3.007, de 26.11.2001. Apesar de o referido diploma normatizar os tipos e prazos de validade dos MPFs, bem como o seu conteúdo, em nenhum momento pretendeu inovar a ordem jurídica para acrescentar uma nova hipótese de declaração de nulidade do lançamento.

Compulsado os autos, principalmente o Termo de Verificação de Infração Fiscal- Histórico da Fiscalização, consubstanciado na documentação anexa, verifiquei que a fiscalização iniciou em 04/03/2009 e encerrou em 20/07/2010 (mais de um ano após o início), logo a fiscalizada teve tempo suficiente para apresentar os livros fiscais, documentos solicitados, fazer levantamentos, cruzamentos, e atender todas as dúvidas verificadas pela Fiscalização e não o fez. Ademais, poderia apresentar as comprovações por ocasião da Impugnação, que é outro momento oportuno. Sae apresentadas, passaremos a analisar a seguir (no mérito), observando as argumentações, e documentos apresentados.

Quanto a argumentação de: Suspeição de autoridade por haver perseguição por parte da Fiscalização, tendo em vista a fiscalização de empresas do mesmo grupo, não prospera, pois pelos fatos descritos, na fiscalização, verifiquei que as empresas tinham interesse comum nos fatos econômicos que originaram a fiscalização, e indícios fortíssimos de soneração fiscal, o que foram objeto de análise por parte da Fiscalização.

E relação os itens acima analisados, cumpre esclarecer que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa antes de iniciado o prazo para a impugnação do lançamento, haja vista que no decurso da ação fiscal não existe litígio ou contraditório. Para comprovar tal assertiva é suficiente a transcrição do artigo 14 do Decreto nº 70.235/1972 verbis:

“ Art. 14 A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”.

A ação fiscal é uma fase pré-processual, ou seja, é fase na qual os agentes da Administração Tributária, imbuídos dos poderes de fiscalização que lhes são conferidos pelos artigos 194, 195 e 197 a 200, todos do Código Tributário Nacional, verificam e investigam o cumprimento das obrigações tributárias.

É a partir da lavratura do auto de infração que o contribuinte, em discordando da exigência fiscal, poderá opor resistência à pretensão, respaldo pelas garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, assim inaugurando o processo administrativo de exigência de crédito tributário. Assim, o devido processo legal pelo qual pugna a interessada, como resulta notório dos autos, encontra-se rigidamente preservado.

Além do mais, o auto de infração é um mero procedimento, considera-se o procedimento como a sucessão encadeada de atos que prepara um ato final, enquanto processo implica, além do vínculo entre os atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, envolvendo direitos, deveres, poderes na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório. E a lide começa após começa após a lavratura do Auto de Infração.

Logo, na verdade não teria sentido anular-se o auto de infração por cerceamento do direito de defesa, porque auto de infração não cerceia a defesa do contribuinte que sempre poderá fazê-la, inclusive para dizer que é nulo ou improcedente.

A lei determina quais são os casos de declaração de nulidade do lançamento, e são aqueles expressos no art.59 do Decreto 70.235, de 6.3.1972 (decreto este com força de lei), in verbis:

“ Art. 59. São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Verifica- se, insito nesse artigo, encontram-se as exigências formais e materiais do lançamento tributário, extraídas da definição contida no art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ao contrário do que afirma a Impugnante, a Fiscalização descreveu os pormenorizadamente os fatos (fl. 02 a 81), anexou as provas aos autos, e enquadrou adequadamente os fatos à legislação pertinente. Logo, tudo de acordo com o art.142 do CTN.

3- DA DECADÊNCIA

A recorrente suscita sutilmente (não expressamente) a extinção dos créditos tributários pela decadência nos dizeres de seu argumento:

Certamente a multa de 150% quanto a tal circunstância, além de consubstanciar a ilegalidade, tem uma feição de confiscar do contribuinte quase a totalidade do valor que não é mais devido à Fazenda pela efetivação da homologação, extinção e decadência do crédito tributário. (Fls. 871) (grifei)

Na dúvida, demonstro, caso seja esta intenção da Impugnante, que não assiste razão a argumentação.

O IRPJ, assim como as contribuições sociais reflexas (CSLL, PIS e COFINS), está sujeito ao lançamento por homologação do pagamento, nos termos do art. 150 do CTN.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem 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.

[grifei]

Para esta espécie de lançamento, o legislador houve por bem fixar um prazo para homologação de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme § 4º do mesmo artigo.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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 comprovado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

[grifei]

Dessa forma, o prazo decadencial para o lançamento sujeito a homologação do pagamento é de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador. Todavia, para que se opere este prazo decadencial mister que o contribuinte tenha efetuado recolhimento, ainda que parcial, do tributo e, ainda, não tenha agido com dolo, fraude ou simulação. É que se depreende da leitura dos dispositivos supra citados.

Não havendo, recolhimento do contribuinte ou tendo este agido como dolo, fraude ou simulação, aplica-se o a regra geral de decadência estampada no art.173, inciso I, do CTN.

Art.173. O direito de 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;

No caso específico, mesmo que fosse aplicada a regra mais benéfica, do § 4º do art. 150 do CTN, ao fato gerador mais longínquo (31/01/2006), poderia ser constituído o crédito tributário até 31/01/2011. Como a ciência do Auto de Infração foi em 20/07/2010, logo não há que se falar em extinção do crédito tributário por decadência.

II- DO MÉRITO- EM RELAÇÃO AOS ELEMENTOS DE PROVA

01- DO SIGILO BANCÁRIO

Em relação ao sigilo bancário, direito constitucional, e a empresa alega-la na defesa pedindo nulidade do Auto de Infração, a Fiscalização solicita os extratos às Instituições Financeiras e muitas vezes obtém êxito.

Sobre o tema, tenho que a obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste. Explica- se.

Inicialmente, no que concerne à obtenção dos dados relativos à movimentação bancário, cabe esclarecer que o art. 38 da Lei 4.595, de 1964, já autorizava a ação fiscal, conforme se depreende de sua leitura:

Art. 38. As instituições financeiras conservação sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurados e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O dispositivo no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

[Grifou-se]

Constata-se que o texto legal enumerava apenas dois requisitos para permitir ao Fisco o exame de documentação bancária: a existência de um processo instaurado e a manifestação da autoridade competente, considerando-os indispensáveis. Não há a exigência de autorização judicial.

Ocorre que, a autoridade administrativa, ao solicitar às instituições financeiras os extratos bancários do contribuinte, estava se valendo de meios e instrumentos de fiscalização criteriosamente dados pelo ordenamento jurídico para que a ação fiscal possa ter o mínimo de eficácia e dar, não só aos órgãos de fiscalização tributária, mas à toda sociedade um resultado que demonstre, de maneira inequívoca, haver indícios de omissão de rendimentos em certas condutas.

Vedar ao Fisco o acesso a este tipo de informação seria amordçar o próprio Estado que, diante de evidência trazidas arrecadação da CPMF, deveria se manter calado sem a capacidade de efetivar uma ação de fiscalização que produzisse resultados à altura da verdade dos fatos cristalinamente evidenciados pela movimentação bancária dos contribuintes.

Ademais, todos os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, estão obrigados a prestar informações ao fisco sobre seus rendimentos e operações financeiras, tanto que apresentam regularmente declarações de rendimentos, ficando sujeitos à auditoria das informações prestadas, momento em que pode ser-lhes exigida a documentação comprobatória (artigo 927 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000 de 1999). Pode ocorrer, no entanto, de o contribuinte negar-se a apresentar tais comprovantes, ou até mesmo nem os possuir, restando ao fisco buscá-lo nas instituições onde se deram as transações, como em bancos. Assim, o fornecimento de informações por instituições bancárias vem apenas substituir o dever ao qual estão sujeitos os contribuintes por lei.

É o próprio Código Tributário Nacional em seu artigo 197, inciso II, que impõe a obrigação de os bancos e outras instituições financeiras prestarem informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

Art.197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

[...]

Observe-se ainda que, assim como os funcionários dos estabelecimentos bancários, os agentes fazendários estão ao dever de resguardar as informações apuradas, não só em virtudes do sigilo bancário, mas em função de um manto maior, que é o sigilo fiscal. O mero repasse dos dados à Receita Federal pelo banco não infringe este dever. A transferência destas informações a terceiros é que significaria a quebra do sigilo. Em um procedimento administrativo-fiscal somente têm acesso às informações auditadas os agentes do Fisco e o próprio contribuinte. O segredo, portanto, permanece intocado.

De qualquer maneira, cumpre notar que o art.38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi, posteriormente, substituído, no que se refere às investigações fiscais, pelo art. 8 da Lei nº 8.021, de 14 de abril de 1990, in verbis:

Art. 8 Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art.38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Ressalte-se que a utilização do dispositivo legal supra pelas autoridades administrativas, além de correta, era obrigatória, em razão do caráter vinculado de sua função, sendo improfícuas as arguições sobre a sua inconstitucionalidade.

No entanto, a matéria em foco foi tratada pela Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, que teve seu artigo 6º regulamentado pelo Decreto 3.724, da mesma data. Seu artigo 1º, § 3º, inciso VI, artigo 5º e artigo 6º preceituam:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VI- a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º 7º e 9º desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

[...]

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Com relação à limitação/vedação estipulada no § 2º do art. 5º da Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, de que “as informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. ”, verifica-se que não se aplica ao presente caso pois estamos na fase posterior do conhecimento da infração tributária, visto que já se tinha apurado que havia uma movimentação financeira incompatível com a receita declarada decorrente das informações recebidas relativas a CPMF, nos moldes do § 2º do art. 5º No caso dos autos, os extratos bancários foram solicitados tendo em vista o disposto no § 4º do art. 5º da Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, de que “ recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos”.

Por outro lado, ao mesmo tempo que a Legislação dá ao Fisco esta prerrogativa, ela impõe aos servidores públicos- aos quais vieram a ter conhecimento, por dever de ofício, das informações bancárias e mesmo àquelas protegidas pelo manto do sigilo fiscal- sérias restrições, inclusive com a tipificação penal do ato de revelar fato de que tenha ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo. Para melhor compreensão, seguem abaixo os citados dispositivos:

Decreto 3.724/2001

Art. 8º O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste Decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art.116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível.

Art.9º O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este Decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilos fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ou no art.116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990, ficará sujeito à penalidade de demissão, prevista no art.132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Art. 10 O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas os sistemas de informações, bancos de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste Decreto, será responsabilizado administrativamente, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito.

Código Penal

Art.325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

A matéria em foco é reguladora, também, nos arts.918,998 e 999 do vigente Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000, de 26/03/1999.

Decreto 3.000/1999

Art.918. Iniciado o procedimento fiscal, os Auditores- Fiscais do Tesouro Nacional poderão solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964 (Lei nº 4.595, de 1964, art.38, §§ 5º e 6º, e Lei nº 8.021, de 1990, art. 8º).

Art.998. Nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades (Lei nº 5.172, de 1966, arts.198 e 199).

(...)

§ 2º A obrigação de guardar reserva sobre a situação de riqueza dos contribuintes se estende a todos os funcionários públicos que, por dever de ofício, vierem a ter conhecimento dessa situação (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 1º).

§ 3º É expressamente proibido revelar ou utilizar, para qualquer fim o conhecimento que os servidores adquirirem quanto aos segredos dos negócios ou da profissão dos contribuintes (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 2º).

Art. 999. Aquele que, em serviço da Secretaria da Receita Federal, revelar informações que tiver obtido no cumprimento do dever profissional ou no exercício de ofício ou emprego, será responsabilizado como violador de segredo, de acordo com a lei penal (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 202).

Portanto, a legislação tributária, ao conceder a possibilidade de obtenção de informações junto às instituições financeiras, está dando instrumentos para o Fisco poder levar a contento aquilo que a sociedade clama que ele o faça, qual seja, dar eficácia às normas tributárias. Pois de nada valeria a obrigação de entrega da declaração, se à Administração fosse vedado verificar a veracidade das informações prestadas. No entanto, por outro lado, obedecendo ao mandamento do artigo 5º, inciso X, da CF, da inviolabilidade da intimidade, a legislação obriga um sério comportamento ético-profissional dos servidores que tenham conhecimento destas informações. Aí, sim, está o sigilo bancário pleiteado na impugnação, e não na transferência de informações bancárias de instituições privadas para um órgão de Estado, que, possui a responsabilidade de sigilo em um espectro maior que é o sigilo fiscal que ao bancário absorve.

Apesar de ser legal as informações bancárias obtidas nos moldes acima, In casu, não houve qualquer ilegalidade no procedimento de obtenção de informações bancárias, pois foi o próprio Contribuinte que apresentou (fls. 144/145), quando intimado, seus extratos bancários. Logo as provas obtidas pela fiscalização são lícitas e legítimas para instruir o lançamento.

2- EM RELAÇÃO AOS ELEMENTOS DE PROVA- D PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

O contribuinte recorrente contesta, em síntese:

- A empresa, em epígrafe, explorou suas atividades até junho/2004, e por decisão do seu titular foi admitido o Sócio entrante Erivan Fernandes Cavalcante, CPF nº 606.717.662-87, e foi criada a Qualimax Industria e Comercio e Distribuidora de Rações, com CNPJ nº 06.185.534/0001-50:

- Que a empresa Qualimax Industria Comércio e Distribuidora de Ração Ltda. Ora constituída, devido ao crédito financeiro, utilizou as contas bancárias da Impugnante para a manutenção de seu negócio;

- Que outro fato relevante, é que utilizou a estrutura administrativa da Impugnante, tais como faturamento, cadastro de fornecedores, emissão de boletos bancários entre outros;

- Que apesar de não ser atendido a solicitação de prazo, de 150 (cento e cinquenta dias), para a apresentação da documentação, comprova, através da planilha de

número I, com relação dos boletos emitidos em favor da empresa M E PAZ- ME, juntamente com as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Qualimax Industria, Comércio e Distribuidora de Ração Ltda.

- Que anexou as planilhas II, III, IV, V e VI, onde constam os cruzamentos entre depósitos efetuados nas Contas Correntes, bem como as cópias das Notas Fiscais emitidas contra esses clientes para a comprovação da origem financeira;

- Que vários documentos lançados a título de receita para compor a base de cálculo forma duplicados e por outras vezes foram desconsiderados estornos de lançamentos e até mesmo erros de valores lançados, conforme planilhas de fls.863;

- Que está facilmente demonstrada o vínculo financeiro entre as empresas M E PAZ- ME e a QUALIMAX, como por exemplo:

Segue cópia do Cheque 003713 da mesma conta corrente Banco Bradesco S. A da empresa M E PAZ- ME, emitido e depositado na C/C da empresa Qualimax Industria e Comércio de Rações Ltda, comprovando a vinculação financeira entre as empresas.

- Que apesar de existir sigilo bancário, direito constitucional, e a empresa alega-la na defesa pedindo nulidade do Auto de Infração, a Fiscalização solicita os extratos às Instituições Financeiras e muitas vezes obtém êxito;

- Que os numerários utilizados para elaboração do referido Auto de Infração, foram os mesmos que serviram para os pagamentos de fornecedores da QUALIMAX INDUSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DA RAÇÃO LTDA:

- Que R\$ 179.190,80, lançado em 22/11/2006, refere-se a Cédula de Credito Bancário que representa operação financeira entre a empresa e o Banco;

- Que está apresentando todos os documentos necessários para a comprovação da improcedência do Auto de Infração.

É oportuno analisar o que determina o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, base do lançamento:

Art.42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I- os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II- no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano- calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

[...]

Art. 4º Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.

Depreende-se, pois, que o dispositivo acima estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Dessa forma, a presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas a falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram na conta – corrente do contribuinte. Em outras palavras, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “ fato gerador ” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “ fato gerador ”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “ fato gerador ”- as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

*Diz o Código de Processo Civil nos artigos 333 e 334, aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, *ipsis litteris*:*

“ Art.333. O ônus da prova incumbe:

I- Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II- Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art.334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV- Em cujo favor, milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

[Destaque nosso]

No texto abaixo reproduzido, extraído de “ Imposto sobre a Renda-Pessoas Jurídicas” (Justec- RJ; 1979: 806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com os as características descritas na lei correspondente, efetivamente, o fato econômico que a lei presume – cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativo) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao contribuinte a sua produção.

Vejam as alegações trazidas pela Impugnante, na qual elaborou as PLANILHAS I/VI;

- Que apesar de não atendido a solicitação de prazo, de 150(cento e cinquenta dias), para a apresentação da documentação, comprova, através da planilha de número I, com relação dos boletos emitidos em favor da empresa M E PAZ – ME, juntamente com as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Qualimax Industria, Comércio e Distribuidora de Ração Ltda;

- Que anexou as planilhas II, III, IV, V e VI, onde constam os cruzamentos entre depósitos efetuados nas Contas Correntes, bem como as cópias das Notas Fiscais emitidas contra clientes para a comprovação da origem financeira.

Ao analisar as planilhas constatei que a Impugnante apresenta uma relação dos boletos (PLANILHAS I/IV), a maioria vencidos a partir 01/2006, emitidos pela Qualimax a seus clientes, nos quais os consideram como justificativas dos créditos nas contas da Impugnantes. No entanto, os valores listados não são coincidentes com os valores depositados, e não constam, nos autos, comprovações de que estes valores foram oferecidos a tributação das empresas envolvidas (M E PAZ- QUALIMAX).

No caso em tela, não há que se falar em ausência de provas do fato indiciário para o lançamento, vez que a fiscalização trouxe aos autos:

Os extratos bancários das contas mantidas junto as Instituições Financeiras, comprovam a existência dos créditos bancários que deram origem ao lançamento, no qual quando intimado a comprovar a origem dos valores creditados não o fez por completo.

Assim, ante existência da prova cabal do fato indiciário da presunção legal, caberia ao contribuinte apresentar sua contraprova, ou seja, comprovar que apresentou à fiscalização os documentos comprovar que apresentou à fiscalização os documentos comprobatórios da origem dos créditos bancários, ou apresenta-los na impugnação.

No entanto, alguns valores a impugnante conseguiu provar que a tributação estava inadequada pelo equívoco da Fiscalização (fls 862,863 e 866);

Vejamos a análise:

Não houve duplicidade para os valores de R\$ 2.401,00 e R\$ 2.892,40 creditados na corrente, em 03/01/2006, a Impugnante não comprovou se ofereceu ou não a tributação.

- Dos valores 43.819,07, lançado em 26/01/2006, concordo com a Impugnante que o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls. 933);

- O valor do crédito no valor de R\$ 655,00 é inferior ao creditado na conta corrente (R\$ 656,00), a Impugnante não comprovou se ofereceu ou não a tributação. A diferença de R\$ 1,00 é benéfica ao contribuinte.

- Dos valores 24.623,25, lançado em 14/06/2006, concordo com a Impugnante que o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls.939);

- Dos valores 41.193,37, lançado em 24/08/2006, concordo com a Impugnante o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls.941);

- Dos valores 25.532,87, lançado em 14/09/2006, concordo com a Impugnante o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls.943);

- O valor do crédito de R\$ 156, 00 é inferior ao creditado na conta corrente (R\$ 456,00), a Impugnante não comprovou se ofereceu ou não a tributação. A diferença de R\$ 300,00 é benéfica ao contribuinte (fls.945);

- Dos valores 14.207.54, lançado em 14/09/2006, concordo com a Impugnante que o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls.947);

- Dos valores 6.636,36, lançado em 03/10/2006, concordo com a Impugnante que o valor foi lançado em duplicidade, pois apesar de ter sido feito dois depósitos neste valor um foi estornado, veja o extrato bancário trazido pelo Contribuinte (fls.949);

-Não houve duplicidade para o valor de R\$ 808,65, creditado na conta corrente, em 01/11/2006, a Impugnante não comprovou se ofereceu ou não a tributação.

- O valor do crédito no valor de R\$ 1.393,00 é superior ao creditado na conta corrente (R\$ 1.333,00), A diferença de R\$ 60,00 é prejudicial ao contribuinte, logo será desconsiderado a diferença na tributação (fls.953);

- Não houve duplicidade para o valor de R\$ 84,00, creditado na conta corrente, em 01/11/2006, a Impugnante não comprovou se ofereceu ou não a tributação.

- Em relação ao valor de R\$ 179.190,80, a que o Contribuinte alega referir-se à Cédula de Crédito Bancário, que representa operação financeira ente Empresa e o Banco, concordamos com a alegação da Impugnante, a própria Fiscalização, ao compor

a planilha dos créditos a serem comprovados, relaciona o valor como OPERAÇÃO CAPITAL DE GIRO (fls. 74), logo não há como considerar um valor a este título como receitas omitidas pela empresa.

Após análise, veja como ficou os valores comprovados e cálculos dos tributos exonerados:

TABELA 01- DEMONSTRATIVO DOS VALORES COMPROVADOS

DATA	VALOR COMPROVADO	TOTAL MENSAL	TOTAL TRIMESTRAL	Obs
26/01/2006	R\$ 43.819,07			
		R\$ 43.819,07		
1º TRIMESTRE			R\$ 43.819,07	
14/06/2006	R\$ 24.623,25			
		R\$ 24.623,25		
2º TRIMESTRE				
24/08/2006	R\$ 41.193,37			
		R\$ 41.193,37		
14/09/2006	R\$ 25.532,87			
28/09/2006	R\$ 14.207,54			
		R\$ 39.740,41		
3º TRIMESTRE			R\$ 79.933,78	
03/10/2016	R\$ 6.736,36			
		R\$ 6.736,36		
09/11/2006				
22/11/2006	R\$ 179.190,80			
		R\$ 179.190,80		
4º TRIMESTRE			R\$ 185.987,16	

TABELAS 2- DEMOSNTRATIVO DO IRPJ EXONERADO

<i>PERIODO</i>	<i>VR COMPROVA DO</i>	<i>COEF. %</i>	<i>VR TRIBUTÁVE L</i>	<i>ALQ. %</i>	<i>IMP.EXONERAD O</i>
<i>1</i>	<i>R\$ 43.819,07</i>	<i>9,60%</i>	<i>R\$ 4.206,63</i>	<i>15%</i>	<i>R\$ 630,99</i>
<i>2</i>	<i>R\$ 24.623,25</i>	<i>9,60%</i>	<i>R\$ 2.363,83</i>	<i>15%</i>	<i>R\$ 354,57</i>
<i>3</i>	<i>R\$ 79.933,78</i>	<i>9,60%</i>	<i>R\$ 7.673,64</i>	<i>15%</i>	<i>R\$ 1.151,05</i>
<i>4</i>	<i>R\$ 185.987,16</i>	<i>9,60%</i>	<i>R\$ 17.854,77</i>	<i>15%</i>	<i>R\$ 2.678,22</i>

TABELA 3- DEMONSTRATIVO DA CSLL EXONERADA

<i>PERIOD O</i>	<i>VR COMPROVADO</i>	<i>COEF.%</i>	<i>VR TRIBUTÁVEL</i>	<i>ALQ.%</i>	<i>IMP.EXONERADO</i>
<i>1</i>	<i>R\$ 43.819,07</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 5.258,28</i>	<i>9%</i>	<i>R\$ 473,25</i>
<i>2</i>	<i>R\$ 24.623,25</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 2.954,79</i>	<i>9%</i>	<i>R\$ 265,93</i>
<i>3</i>	<i>R\$ 79.933,78</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 9.592,05</i>	<i>9%</i>	<i>R\$ 863,28</i>
<i>4</i>	<i>R\$ 185.987,16</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 22.318,46</i>	<i>9%</i>	<i>R\$ 2.008,66</i>

TABELA 4- DEMONSTRATIVO DA PIS EXONERADO

<i>PERIODO</i>	<i>VR COMPROVADO</i>	<i>COEF.%</i>	<i>VR TRIBUTÁVEL</i>	<i>ALQ.%</i>	<i>IMP.EXONERADO</i>
<i>JANEIRO</i>	<i>R\$ 43.819,07</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 5.258,28</i>	<i>9,00</i>	<i>R\$ 473,25</i>
<i>2</i>	<i>R\$ 24.623,25</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 2.954,79</i>	<i>9,00</i>	<i>R\$ 265,93</i>
<i>3</i>	<i>R\$ 79.933,78</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 9.592,05</i>	<i>9,00</i>	<i>R\$ 863,28</i>
<i>4</i>	<i>R\$ 185.987,16</i>	<i>12,00%</i>	<i>R\$ 22.318,46</i>	<i>9,00</i>	<i>R\$ 2.008,66</i>

TABELA 4- DEMONSTRATIVO DA PIS EXONERADO

<i>PERIODO</i>	<i>VR COMPROVADO</i>	<i>ALIQ.%</i>	<i>VALOR EXONERADO</i>	<i>OBS</i>
<i>JANEIRO</i>	<i>R\$ 43.819,07</i>	<i>0,65%</i>	<i>R\$ 284,82</i>	
<i>JUNHO</i>	<i>R\$ 24.623,25</i>	<i>0,65%</i>	<i>R\$ 160,05</i>	
<i>AGOSTO</i>	<i>R\$ 41.193,37</i>	<i>0,65%</i>	<i>R\$ 267,76</i>	
<i>SETEMBRO</i>	<i>R\$ 39.740,41</i>	<i>0,65%</i>	<i>R\$ 258,31</i>	
<i>OUTUBRO</i>	<i>R\$ 6.736,36</i>		<i>R\$ 43,79</i>	
<i>NOVEMBRO</i>	<i>R\$ 179.250,80</i>		<i>R\$ 1.165,13</i>	

TABELA 5- DEMONSTRATIVO DA COFINS EXONERADA

<i>PERIODO</i>	<i>VR COMPROVADO</i>	<i>ALIQ. %</i>	<i>VALOR EXONERADO</i>	<i>OBS</i>
<i>JANEIRO</i>	<i>R\$ 43.819,07</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 1.314,57</i>	
<i>JUNHO</i>	<i>R\$ 24.623,25</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 738,70</i>	
<i>AGOSTO</i>	<i>R\$ 41.193,37</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 1.235,80</i>	
<i>SETEMBRO</i>	<i>R\$ 39.740,41</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 1.192,21</i>	
<i>OUTUBRO</i>	<i>R\$ 6.736,36</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 202,09</i>	
<i>NOVEMBRO</i>	<i>R\$ 179.250,80</i>	<i>3,00%</i>	<i>R\$ 5.377,52</i>	

Em face do exposto, consideramos parcialmente procedente a tributação.

3-DA MULTA QUALIFICADFA – 150% - E DO PRINCIPIO DO NÃO CONFISCO

A Impugnante alega em síntese:

Podemos observar nos Autos que a empresa em todas as solicitações prontamente atendeu a Autuante, e está ainda insiste em tese de intuito de fraude por parte da empresa e seus administradores;

Como pode Sr. Delegado, haver fraude por parte da empresa, se as provas para a autuação foram todas fornecidas pela empresa?

Como a empresa estaria com tal interesse ou ânimo como explica a autuante se todas as provas utilizadas para o lavramento do presente Auto foram fornecidas pela própria empresa? (fls.869)

Certamente a multa de 150% quanto a tal circunstância, além de consubstanciar a ilegalidade, tem uma feição de confiscar do contribuinte quase a

totalidade do valor que não é mais devido à Fazenda pela efetivação da homologação extinção e decadência do crédito tributário. (fls.871).

Ao fisco federal cabe aplicar as penalidades definidas em lei. Conforme Enquadramento Legal aposto no auto de infração, a multa de lançamento de ofício foi aplicada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

O art.44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, dispõe que, nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, nos casos de evidente intuito de fraude. É este o teor do referido artigo:

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

I- de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II- cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts.71,72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Hoje, é o § 1º do artigo 44 que trata da multa qualificada:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I- de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

II- de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

a) na forma do art.8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

b) na forma do art.2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano- calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.4488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Cumpre explicar que os fundamentos na legislação fiscal para a imputação da fraude latu sensu vinculam-se às hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, in verbis:

Art. 71- Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstância materiais; (grifei).

II- das condições pessoas de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art.72- Fraude é toda 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 suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou deferir o seu pagamento.

Art.73- Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71e 72.

Veja as razões que levaram a Fiscalização a qualificar a multa:

A justificava para qualificar a multa reside no fato do sujeito passivo ter transmitido “Declarações Simplificada da Pessoa Jurídica SIMPLES (PJSI) informado que não obteve receitas no ano- calendário de 2006(fl.s.85 a 104), embora tenha realizado movimentação financeira em valores expressivos, através da qual foram constatados depósitos em contas- correntes sem origem não comprovada. Acrescenta-se, ainda, o fato de que tais movimentações referem-se também às atividades de outra empresa, sem motivo justificável para tal procedimento adotado por ambas empresas. Assim, temos um conjunto de condutas cujo objetivo não pode ser outro, senão aquelas tendentes a retardar o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, assim como das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou crédito tributário correspondente.

Compulsando os autos, constatei que as imputações feitas pela fiscalização estão confirmadas através de documentos hábeis (Declarações e Demonstrativos de Base de Cálculos consubstanciados em Extrato Bancários).

É evidente que os fatos apurados nos autos se subsumem as hipóteses acima descritas, já que a empresa impediu ou retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, não podendo ser acolhida a alegação da empresa.

As recorrentes ainda alegam o caráter de confisco das multas aplicadas.

Entretanto, é inaplicável o conceito de confisco e de ofensa à capacidade contributiva em relação à aplicação da multa de ofício.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, § 1º, determina que os impostos serão graduados em função da capacidade contributiva do contribuinte. E mais, em seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Ocorre que tributo não deve ser confundido com penalidade.

O princípio que norteia a imputação penal, cujo caráter é agressivo, tem o condão de compelir o contribuinte a se afastar de cometer atos ou atitudes lesivas à coletividade. Nessa linha, tem-se orientado o Conselho de Contribuintes:

“ CONFISCO- A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal”.(Ac.102-42741, sessão de 20/02/1998).

“MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art.112 do CTN”. (Ac 201-71102, sessão de 15/10/1997).

Outrossim, aplicação de multa de ofício (regulamentar, qualificada ou agravada) está devidamente fundamentada na legislação tributária (art.44 da Lei nº 9.430/96). Pelo que, as alegações de ofensa aos princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade não podem ser oponíveis às autoridades administrativas, posto que estas se encontram totalmente vinculadas aos ditames legais (art.116, inc. III, da Lei nº 8.112/ 1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art.142 do Código Tributário Nacional – CTN).

Em verdade, de acordo com o parágrafo único do art.142 do CTN a autoridade fiscal encontra-se limitada ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de ultrapassar tais restrições para examinar questões outras como as suscitadas na impugnação em exame. Cabe ao julgador administrativo simplesmente seguir a lei e obrigar seu cumprimento.

Assinale-se que tal é a determinação do Parecer Normativo da COSIT/SRF nº 329/1970;

Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Por fim, o art. 7º da Portaria MF nº 58/2006 determina que a autoridade julgadora administrativa deve observar o conteúdo das disposições legais, bem como o entendimento da Receita Federal expresso em atos tributários.

4— DA TAXA SELIC — INCONSTITUCIONALIDADE

A recorrente sustenta a inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC. Como juros mora, por ofensa aos artigos 150, I, e 192, §3º, da CF. Isto porque seus índices não são estabelecidos por lei, mas, sim, por regulamento, e por serem superiores à 12%.

Primeiramente, há de se considerar que o art. 161, § 1º, do CTN ressaltou a possibilidade aplicação da taxa de juros com base em lei ordinária.

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falia, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são cálculos à taxa de um por cento ao mês.

[grifei]

O art. 61 da Lei nº 9430/96, por sua vez, determinou que:

Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos

nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo OU da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

O § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/96, por seu turno, dispõe que:

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Nesse sentido, a incidência de juros de mora, sobre débitos de natureza tributária, a partir de 01/01/1997, com base na taxa SELIC, que a impugnante reputa inaplicável, por ofensa a princípios constitucionais, está prevista no § 30 do art. 61 c/c § 3º do art. 50 da Lei nº. 9.430, de 1996, diploma legal fruto da emanção da vontade do Poder Legislativo Nacional, cuja elaboração seguiu o processo legislativo constitucionalmente previsto. Tem, portanto, a seu favor, a presunção de legitimidade que é própria das leis.

Acontece que as autoridades administrativas não são competentes para se manifestar a respeito da constitucionalidade das leis, seja porque tal competência é conferida ao Poder Judiciário, seja porque as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade, restando ao agente da administração pública aplicá-las, a menos que estejam incluídas nas hipóteses de que trata o Decreto nº. 2.346, de 1997, ou que haja determinação judicial em sentido contrário beneficiando o contribuinte, o que não é o caso.

Ressalto que a autoridade administrativa se encontra totalmente vinculada aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). A esta autoridade, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia dos preceitos legais considerados, pelo sujeito passivo, como inconstitucionais e/ou ilegais.

No mais, a utilização da taxa de juros SELIC, para fim tributário, é definido por lei específica, qual seja a Lei nº 9.430/96, não sendo aplicadas, portanto, as disposições da legislação extravagante.

IV — DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA QUALIMAX INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO DE RAÇÃO LTDA.

Vejamos as razões que levou a Fiscalização a considerar a empresa QUALIMAX como responsável solidária:

Com base no art. 124 e 135 do Código Tributário Nacional — CTN, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, lavrou-se juntamente com o Auto de Infração, o Termo de Sujeição Passiva Solidária, em nome da empresa QUALIMAX INDUSTRIA E COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO DE RAÇÃO LTDA. (CNPJ 06.185.537/0001-50), em decorrência dos fatos a seguir listados:

- Conforme Termo de Constatação nº 001/2009, lavrado em 08/04/2009, o funcionário da empresa Qualimax Indústria Comércio e Distribuidora de Rações Ltda. Stephenson Jackson R.Silva, também procurador da empresa M E Paz — ME, afirma que ambas as empresas estão sob responsabilidade da mesma pessoa;

- A empresa M E Paz — ME protocolou nesta Seção de Fiscalização, em 26/08/2009, documento no qual afirma que as contas bancárias de titularidade da empresa fiscalizada foram utilizadas pela empresa Qualimax Indústria Comércio e Distribuidora de Rações Ltda. em todas as operações desde agosto de 2004 até o encerramento das mesmas;

- Clevrson Carlos de Oliveira (CPF nº 696.666.792-72) é procurador de ambas as empresas aqui tratadas e, em 30/11/2009, protocolou documento nesta Seção, representando a empresa M E PAZ — ME; e nesta ocasião apresentou o Livro Razão da empresa Qualimax, amostras de notas fiscais também da empresa que a fiscalizada e boletos emitidos para crédito nas contas-correntes da empresa a fiscalizada e boletos emitidos para crédito nas contas-correntes da empresa M E PAZ - ME;

- De acordo Com o descrito nos tópicos anteriores, as empresas envolvidas confirmam que exercem suas atividades como se apenas uma única empresa fossem utilizando as mesmas contas bancárias, o mesmo procurador, a mesma sócia e a mesma atividade.

-Fica, então, evidente a responsabilidade da empresa Qualimax Indústria e Comércio e Distribuidora de Rações Ltda, na qualidade de responsável solidária, por ter interesse comuns nos fatos geradores da obrigação tributária aqui tratada, nos termos do art 124 do CTN (grifei)

Ao analisarmos os argumentos de defesa da Responsável Solidária, verificamos que ela própria confirma esta condição ao afirmar que:

-A empresa, em epígrafe, explorou suas atividades até junho/2004, e por decisão do seu titular foi admitido o Sócio entrante Erivan Fernandes Cavalcante, CPF nº 606.717.662-87, e foi criada a Qualimax Indústria e Comércio e Distribuidora de Rações, com CNPJ nº 06.185.534/0001-50;

-Que a empresa Qualimax Indústria Comércio e Distribuidora de Ração Ltda., ora constituída, devido ao crédito financeiro, utilizou as contas bancárias da Impugnante para a manutenção de seu negócio;

Que outro fato relevante, é que utilizou a estrutura administrativa da Impugnante, tais como faturamento, cadastro de fornecedores, emissão de boletos bancários entre outros;

- Que apesar de não ser atendido a solicitação de prazo, de 150 (cento e cinquenta dias), para a apresentação da documentação, comprova, através da planilha de número I, com relação dos boletos emitidos em favor da empresa M E PAZ - ME, juntamente com as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Qualimax Indústria, Comércio e Distribuidora de Ração Ltda.:

- *Que está facilmente demonstrada o vínculo financeiro entre as empresas M E PAZ - ME e a QUALIMAX, como por exemplo:*

Segue cópia do Cheque 003713 da mesma conta corrente Banco Bradesco S.A da empresa M E PAZ - ME, emitido e depositado na C/C da empresa Qualimax-Industria e Comércio de Rações Ltda., comprovando a vinculação financeira entre as empresas.

- *Que os numerários utilizados para elaboração do referido Auto de Infração, foram os mesmos que serviram para os pagamentos de fornecedores ila QUALIMAX INDUSTRIA, COMÉRCIO E DISTIUBUIDORA DE RAÇÃO LTDA;*

Pelo exposto, fica claro a responsabilidade da empresa QUALIMAX INDUSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE RAÇÕES LTDA., na qualidade de responsável solidária, por interesse comum nas relações econômicas que deram origem aos fatos geradores da obrigação tributária, nos termos do art. 124 do CTN.

V - DA MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Considera-se não impugnada o arbitramento do lucro (ITEM II -2.2 DO RELATÓRIO).

VI- DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas (CSLL, PIS e COHNS), no que couber, o que foi deciso para a obrigação matriz, dada a intima relação de causa e efeito que os une.

Ademais, verifica-se que a recorrente acosta varias notas fiscais da empresa QUALIMAX em seu recurso voluntário, fazendo referências genéricas aos fatos que motivaram a presente autuação, bem como em relação a decisão proferida em primeira instância, sem com isto trazer objetivamente os fundamentos e provas com base nas quais pede para que seja cancelado o lançamento contra ele efetuado pela autoridade administrativa.

Ao se analisar os presentes autos, fazendo-se um cotejo entre os pedidos, relativamente à impugnação ao Termo de Verificação Fiscal, impugnação ao lançamento e peça recursal, verifica-se, além de informações controversa/inconsistentes, em síntese, que a recorrente traz os mesmos argumentos, os quais em nada acrescentam ou provam as divergências apontadas pela fiscalização.

Ou seja, para esse relator fica claro que a Recorrente se insurge contra decisão proferida pela DRJ/BEL de forma genérica, fazendo mera referência as razões apresentadas em sede da impugnação e a necessidade de observação das provas já juntadas aos autos, não merece prosperar e, por conseguinte, não surte o efeito pretendido em alterar a decisão do julgador *a quo*, que entendeu pela manutenção da omissão de rendimentos.

Dessa generalidade, é possível inferir-se que a própria motivação do lançamento deixou de ser da fundamentação do auto de infração. Essa afirmativa coaduna-se com o prescrito no art. 17, do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Nesse sentido já decidiu esta Corte Administrativa, conforme se extrai do decidido nos autos do processo nº 10935.720364/2013-45 que teve como relator Amílcar Barca Teixeira Júnior, como segue:

"(...) 1. O contribuinte, em seu recurso, no concernente à obrigação principal, limitase a prestar informações genéricas e não ataca o mérito, situação que não o favorece, enquadrando-se, assim, na disciplina do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972 (Acórdão n.º 2803003.497. Rel. Amílcar Barca Teixeira Júnior. Sessão de 12/08/2014)."

Por fim, cabe ressaltar, que determinadas matérias não trazidas à baila na impugnação, porém, foram suscitadas em sede de Recurso Voluntário, e pelo fato das instâncias julgadoras terem competência para apreciar e julgar matérias controversas, no limite em que impugnadas (art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972). A este Carf cabe tão somente o julgamento das matérias sujeitas a recurso voluntário (art. 1º do Anexo II do Ricarf). Logo, deixo de apreciá-las em sede de Recurso Voluntário, por restarem precludidas.

Conclusão

À vista do exposto, rejeito as questões preliminares suscitadas, e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa