



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

Processo n° 10280.720234/2007-14
Recurso n° 167.959 De Ofício
Acórdão n° 1102-00.247 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de julho de 2010
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente 1a.TURMA DRJ BELÉM/PA
Interessado SUPERPOSTO 2000 LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004

Ementa:

PAF – RECURSO DE OFÍCIO – REMESSA NECESSÁRIA – CONHECIMENTO – Conhece-se de recurso de ofício interposto nos termos do art. 34 do Dec. n.º 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 64 da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, quando os valores exonerados extrapolam o limite consignado na Portaria MF n.º 3, de 03 de janeiro de 2008.

PAF — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA — Na função de aplicador da lei não pode o julgador tributário esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como "vetores interpretativos". "O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei — que disciplina o tributo — ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional". (Aliomar Baleeiro).

IRPJ e CSLL — OMISSÃO DE RECEITAS — BASE IMPONÍVEL — DIMENSIONAMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI 9430/1996 e § 2º, FRENTE AO CONCEITO DE RENDA INSCULPIDO NO ARTIGO 43 do CTN — POSSIBILIDADE — Estando os autos devidamente instruídos quanto a real atividade da Contribuinte e, firmada a base de cálculo das receitas omitidas, a autoridade julgadora deverá ajustá-la, nos termos da legislação de regência. Cancela-se, apenas, a parcela que exceder a este valor.

PIS E COFINS – Cancela-se o lançamento que não observou o critério temporal e material das exigências.

do(a) relator(a).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os conselheiros José Sergio Gomes e João Carlos Lima Junior que davam provimento ao recurso.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO –Presidente e Relatora

EDITADO EM: 07/05/2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Otavio Opperman Thomé, Silvana Rescigno Barreto, José Sergio Gomes (Suplente convocado), Manoel Mota Fonseca e João Carlos Lima Junior (Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso de ofício interposto nos termos do art. 34 do Dec. n.º 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 64 da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, c/c a Portaria MF n.º 3, de 03 de janeiro de 2008, pela 1ª TURMA DRJ BELÉM/PA, em virtude da exoneração consignada no Acórdão nº 01-11.227 de 12/06/2008, acostada aos autos às fls. 523/525.

A Turma submete a reexame necessário a exoneração do crédito tributário, oriundo do lançamento de imposto de renda pessoa jurídica (fls.459/489) e seus reflexos: Contribuição para o Programa de Integração Social; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social; Contribuição Social Sobre o Lucro com total de crédito tributário constituído de R\$ 63.486.053,90, referentes ao ano calendário de 2003. Ciência do lançamento em 24/03/3008(fl.491).

A infração consignada se dá por omissão de receita caracterizada pela falta de comprovação e escrituração da origem e aplicação dos recursos movimentados em contas correntes bancárias.

Às fls.493, há termo de revelia. Às fls.494 consta carta de cobrança.

Irresignada a Contribuinte oferece a impugnação de fls.496 a 512, na qual repete os fatos, alega, em síntese, a “nulidade absoluta por inconstitucionalidade das provas na fase não contenciosa de apuração dos débitos”. Ou seja, por quebra ilegal do sigilo bancário, linha na qual expende vasto arrazoado e reproduz decisões judiciais que militariam em seu favor.

Os cruzamentos das informações da administração da CPMF com as informações das DIPJs (que por si já revelam movimentação bancária protegida por sigilo), não avançariam sem a competente ordem judicial.

Manter-se a conclusão exarada no lançamento equivale ferir o disposto na Constituição Federal, nos incisos X e XII do artigo 5º e em âmbito infraconstitucional, o artigo 10 da Lei Complementar no 105/2001, cuja inobservância constitui fato típico penal ex vi do artigo 18 da Lei no 7492/1986.

No mérito, reclamado do “excesso da base de cálculo”, embora refira-se a impossibilidade de ser superada a preliminar, ante a impossibilidade de sobrevivência do auto fulcrado em prova inconstitucional e ilegal. Entretanto, por respeito observação ao princípio da concentração da defesa, difundido nos sub-ramos do direito processual, impugna o valor obtido como base impositiva nos autos de infração.

Refere-se à impossibilidade de se considerar a receita bruta como base de cálculo dos tributos sobre o lucro na apuração pelo lucro real, fato que não poderia ser ignorado. Receita e lucro seriam conceitos inconfundíveis.

No seu caso, como não escriturou contábil ou fiscalmente os elementos de apuração do lucro real, hipótese fática prevista no inciso I do art. 530, caberia o arbitramento do lucro.

E se permanecer a movimentações financeiras sem aplicação de índice de arbitramento, caso se entenda possível, deve-se considerar as suas despesas operacionais.

Resume o pedido em duas alternativas: a) nulidade do procedimento; b) redução do valor se observando os percentuais de arbitramento e as normas pertinentes à espécie.

Despacho de fls. 522, torna sem efeito o termo de revelia anteriormente mencionado.

Sobrevém a decisão, fls. 523//524 que está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - I RPJ Ano-calendário. 2003 IRPJ LUCRO REAL NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO

Se a escrituração contábil não merece fé ou não foi apresentada, a legislação tributária determina que seja arbitrado o lucro, aplicando-se o coeficiente estabelecido em lei.

PIS E COEINS OMISSÃO DE RECEITA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO VICIO MATERIAL

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE

O lançamento que não observou o correto período de apuração, transformando de mensal para trimestral o período de apuração, contém vício de ordem material, portanto, deve ser declarado improcedente.

Lançamento Improcedente

Recorre de ofício.

Este o Relatório



Voto

Conselheiro Ivete Malaquias Pessoa Monteiro , Relator

A exoneração tributária decretada pela autoridade julgadora de primeira instância, 1a.TURMA DRJ BELÉM/PA, ora recorrente, implicou no cancelamento dos tributos e multas cujo somatório, conforme fls.495 supera o limite de alçada fixado na Portaria MF n.º 3, de 03 de janeiro de 2008, nos termos do Acórdão nº 01-11.227 de 12/06/2008, acostada aos autos às fls. 523/525.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, tomo conhecimento da remessa oficial.

Passo a análise do lançamento propriamente dito, para conferir se foi realizado em obediência ao devido processo legal.

Às fls.466 e seguintes, do auto de infração, diz o autuante, em síntese, o seguinte:

(...)

efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art 926 do Decreto nº 3 000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(es) abaixo descrita(s), ao dispositivos legais mencionados

• 001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADO :- Omissão de receita, caracterizada pela não comprovação e não escrituração da origem e aplicação dos recursos movimentados em suas contas correntes nos bancos Bradesco (C/C 7.039-4) e Rural (C/CD6-001182-1), de acordo com o que determina o art. 42 da Lei 9.430/96.

A atividade cadastrada do contribuinte é a venda no varejo de combustível lubrificante adquirido da PETROBRAS.

O contribuinte adquiriu também combustível e lubrificante de vários outros fornecedores inclusive da Petóleo Sabba, vendendo-os a vários outros postos para revenda, conforme documentação comprobatória em anexo (cópias de cheques de sua emissão, 2a. via dos depósitos feitos a seu favor)."

Cita e transcreve do Regulamento de Imposto de Renda os arts. 841, 845 e 949. Informa que a base de cálculo foi apurada de acordo com os parágrafos 1º. e 2º. do art. 42 da Lei No.9.430/96, .

A decisão, por seu turno, declara a improcedência do lançamento,sob os seguintes fundamentos:

()

A interessada, conforme a DIPJ de fls 5 a 18, optou no ano-calendário de 2003 pela tributação pelo lucro real. Para tanto, a legislação determina a manutenção da escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (art. 251 do RIR/1999). Os livros e documentos devem ser conservados em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações pertinentes (art. 264 do RIR/1999).

A falta de escrituração de livros e de documentos, ou a sua imprestabilidade, por qualquer que seja a causa, impede a tributação pelo lucro real.

A fiscalização afirmou no Relatório Fiscal de fls. 372 a 377 que:

"Confrontados os valores das vendas registradas com a movimentação financeira ocorrida nos bancos Bradesco e Rural, constatou-se a existência de valores elevadíssimos movimentados à margem da escrituração contábil, porque inexistente, e fiscal porque insuficiente.

A fim de melhor concatenar os fatos, enumera-se a seguir os aspectos • relevantes apurados na auditoria.

1. O contribuinte é optante pela forma de tributação com base no lucro real;

2. O contribuinte não manteve escrituração com observância das leis comerciais e fiscais de acordo com o art. 7º do DL 1597/77;

3. Não foram registradas nos livros de Entrada e Saída de Mercadorias todas as compras e vendas praticadas pelo contribuinte no ano de 2003, contrariando o parágrafo único do art. 251 do RIR/99, que determina que a escrituração deve abranger todas as operações do contribuinte;

Em situações como essa, o procedimento correto deveria ter sido o arbitramento do lucro, de acordo com o estabelecido no art. 530 do RIR 1999."

Esse o motivo para cancelamento da exigência.

Discordo desta conclusão por entender que não se trata de um caso de nulidade absoluta do lançamento, mas tão somente de ajuste da base impositiva.

Isto porque é perfeitamente possível, no exercício de aplicador da lei, conjugar o conceito insculpido no artigo 42 da Lei 9430/1996, com as determinações constantes no artigo 43 do CTN em seu parágrafo primeiro, pois a renda, neste caso, seria perfeitamente extraída dos movimentos bancários, a partir das informações oferecidas pelo próprio sujeito passivo, inclusive objeto do pedido alternativo apontado nas razões que trouxe à colação.

A matéria não é nova nos Colegiados desta Corte Administrativa, para a qual já houve decisões proferidas nessa linha, cujas ementas a seguir se reproduz:

Acórdão 108-07.355, de 16/04/2003, recurso 131566, relator José Henrique Longo, onde no voto condutor assim consta:



(-)

"No tocante à alegação de que o artigo 42 da Lei 9430 afronta o artigo 43 do CTN, não cabe razão ao recorrente. Com efeito, é considerado omissão de receita apenas o acréscimo patrimonial não justificado, de maneira conviver harmoniosamente no ordenamento jurídico a disponibilidade jurídica ou econômica da renda do art. 43 do CTN e a receita omitida do art. 42 da Lei 9430"

Acórdão 108-07.763, de 14 de abril de 2004, assim ementado:

(..)

PAF - NULIDADES — Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PAF — OMISSÃO DE RECEITAS — ÔNUS DA PROVA - Nos casos de lançamento por omissão de receitas, excetuando-se as presunções legais, incumbe a Fazenda provar os pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito. Comprovado o direito constitutivo de lançar ele se opera sobre uma base imponível exata.

PAF — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA — Na função de aplicador da lei não pode o julgador tributário esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como "vetores interpretativos". "O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei — que disciplina o tributo — ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional". (Aliomar Baleeiro).

IRPJ — OMISSÃO DE RECEITAS — BASE IMPONÍVEL — DIMENSIONAMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI 9430/1996 FRENTE AO CONCEITO DE RENDA INSCULPIDO NO ARTIGO 43 DO CTN — POSSIBILIDADE — Havendo nos autos a prova fornecida pela recorrente quanto à real base de cálculo do tributo e não sendo esta expressamente contestada pelo autor da ação, a autoridade julgadora deverá aceitá-la como suficiente para realização do lançamento de ofício, devendo cancelar apenas a parcela que exceder a este valor.

()

Nesses casos, como agora, presentes se encontravam os pressupostos de ocorrência do fato imponível. A partir de então, para quantificar o ilícito, este seria operado sobre uma base de cálculo, que é a grandeza decorrente de regra matriz tributária.

O artigo 42 da Lei 9430/1996 não determina que se tenha no depósito em seu valor integral, a base imponible para o lançamento. O depósito é o indicio da omissão e sua quantificação segue o que determina a própria legislação de regência do imposto de renda da atividade comercial do interessado. (Nos autos, a impugnante expressamente pede que se respeite a atividade exercida e se ajuste o lançamento.)

Neste caso busca-se o socorro na própria legislação de regência, a saber:

LEI 9430/1996

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

Ou seja, o parágrafo 2º. do artigo 42, base do lançamento e ali expressamente consignado, determina que "os valores submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos."

Aqui, como dito tanto pelo autuante quanto pela Contribuinte e pelo julgador de primeiro grau, era caso de arbitramento, conclusão com a qual concordo. Discordo apenas, de não ter sido ajustado o lançamento nos moldes da legislação de regência, o que ora se propõe em sintonia com a própria Lei 9430/1996 e 9249/1995, como adiante se verá.

O artigo 42 da Lei 9430/1996, tratando de um tipo de infração fiscal, e neste contexto deve ser compreendido. Outro sentido não se depreenderia do seu texto que pudesse sustentar a amplitude conferida pelo autuante, ao considerar a totalidade dos depósitos em conta de terceiros, como omissão de receitas da Contribuinte.

Sendo o direito positivo quem prescreve quais fatos são necessários à composição do fato-jurídico gerador de norma, uma vez conhecida a atividade comercial da recorrente há que se aceitar a forma habitual de seu procedimento para aferição da renda como preceituada no inciso I do artigo 43 do CTN, em respeito ao princípio da verdade material, uma dos pilares não só do processo administrativo tributário como da própria administração tributária. Sua busca corresponde a retirar, da narrativa dos fatos, o fato em si.

Ensina James Marins (Direito processual tributário brasileiro. 2.ed. São Paulo Dialética, 2002, p.178) que, "o dever de investigação da administração e o dever de colaboração por parte do particular têm por finalidade propiciar a aproximação da atividade formalizadora com a realidade dos acontecimentos."

A fiscalização, embora admitindo a imprestabilidade da escrita para aceitar a opção da Contribuinte para a apuração do lucro real, não ajustou o lançamento, através do



arbitramento do lucro, e considerou, equivocadamente, todo depósito realizado pela Contribuinte, como se receita fosse.

Ensina Paulo de Barros Carvalho (Curso de direito tributário brasileiro. 13.ed.São Paulo:Saraiva,2000. p.324).que as funções da base de cálculo, no procedimento de lançamento tributário, servem para bem mensurar a intensidade das determinações contidas no núcleo do fato jurídico, para, combinando-o à alíquota, definir o valor a ser recolhido. Ela confirma, infirma ou afirma o critério material exprimido na norma criadora do tributo. Instrumento jurídico que se presta para:

- a) *"medir as proporções reais do fato;*
- b) *compor a específica determinação da dívida;*
- c) *confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma."*

Embora inobservado este aspecto, entendo que o trabalho fiscal não é de todo invalidado, devendo-se, tão somente reduzir o montante exigível e, diga-se de passagem, sem qualquer novação no feito, porque, a base imponible já era conhecida como bem explicitado na própria decisão recorrida quando esta afirma:

(.)

1 O contribuinte é optante pela forma de tributação com base no lucro real,

2. O contribuinte não manteve escrituração com observância das leis comerciais e fiscais de acordo com o art. 7º do DL 1597/77,

3 Não foram registradas nos livros de Entrada e Saída de Mercadorias todas as compras e vendas praticadas pelo contribuinte no ano de 2003, contrariando o parágrafo único do art. 251 do RIR/99, que determina que a escrituração deve abranger todas as operações do contribuinte;

Em situações como essa, o procedimento correto deveria ter sido o arbitramento do lucro, de acordo com o estabelecido no art. 530 do RIR 1999."

Por seu turno, na impugnação, assim versou a Contribuinte:

()

Por último, deve-se mencionar que a tomada das movimentações financeiras sem aplicação de índice de arbitramento, caso se entenda possível, deve considerar as despesas operacionais do contribuinte

É que, ninguém pode obter faturamento e, assim, lucro, sem a obtenção de insumos para operar. E na aquisição dos insumos ou bens para revenda gastam-se valores chamados de despesas operacionais. Tais despesas são crucialmente relevantes para a quantificação do lucro efetivamente obtido no período apurado, na sistemática trazida pelo Decreto-Lei 1598/1977

()

Posto isso, requer-se o recebimento da presente impugnação ao auto de infração lavrado, declarando-se imediatamente a sua nulidade absoluta porque repousa sobre provas ilícitas (todas obtidas com violação ao sigilo bancário), ou não sendo este o entendimento de V.Sa. reduzindo-se o valor da autuação porque a auditora ignorou as disposições legais pertinentes ao arbitramento do lucro, bem como desconsiderou as despesas operacionais realizadas durante o ano, tudo nos moldes do item 3 e subitens acima.

A prova que pretende é exclusivamente a documental anexa, já que a escrituração contábil da autuada é realmente parca ou inexistente, como relata o auto de infração, de modo que é imperioso o arbitramento do lucro no caso vertente.

Deste modo em obediência ao § 2º. do artigo 42 da Lei 9430/1996, busca-se na lei o que cabe ser feito.

O arbitramento sendo a regra já aceita por todos, seguirá seu comando normativo específico, como se depreende dos seguintes dispositivos

Lei 9430/1996

()

Art. 27. O lucro arbitrado será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas

I - o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 16 da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei;

Da necessária remissão aos demais dispositivos citados no inciso I do artigo 27, tem-se:

LEI 9249/1995

Art. 16. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, dos percentuais fixados no art. 15, acrescidos de vinte por cento.

(...)

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de



I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural

(..)

Aqui então o caminho para se respeitar o comando legal do § 2º. do artigo 42 da Lei 9430/1996, um dos dispositivos que suporta a exigência.

A matéria já foi analisada nos Colegiados Administrativos e no Processo nº. :11516.002027/2002-13 Recurso nº. :135.058 - EX OFF/C/O Matéria : IRPJ e OUTROS — Ex: 1999 Recorrente : 3º TURMA/DRJ FLORIANOPOLIS/SC Interessada : JAIME ALEIXO DE SOUZA & CIA LTDA, na Sessão de :14 de abril de 2004 Acórdão nº. :108-07.763, este entendimento foi confirmado, como se vê na transcrição de parte da ementa e voto , no que é comum a este litígio.

PAF - NULIDADES — Não provada violação às regras do artigo 142 do • CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70 235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal

PAF — OMISSÃO DE RECEITAS – ÔNUS DA PROVA - Nos casos de lançamento por omissão de receitas, excetuando-se as presunções legais, incumbe a Fazenda provar os pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito Comprovado o direito constitutivo de lançar ele se opera sobre uma base impositiva exata.

PAF — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA — Na função de aplicador da lei não pode o julgador tributário esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como "vetores interpretativos". "O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei — que disciplina o tributo — ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional" (Aliomar Baleeiro)

IRPJ — OMISSÃO DE RECEITAS — BASE IMPOSITIVA — DIMENSIONAMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI 9430/1996 FRENTE AO CONCEITO DE RENDA INSCULPIDO NO ARTIGO 43 do CTN — POSSIBILIDADE — Havendo nos autos a prova fornecida pela recorrente quanto à real base de cálculo do tributo e não sendo esta expressamente contestada pelo autor da ação, a autoridade julgadora deverá aceitá-la como suficiente para realização do lançamento de ofício, devendo cancelar apenas a parcela que exceder a este valor

(..)

E do voto condutor:

(...)

O que faz concluir que a verdadeira base impositiva esteve durante todo procedimento passível de quantificação, nos autos, e pode ser ajustada neste momento processual (como poderia também acontecer no momento anterior, nos termos das determinações do CTN). Neste sentido importante a lição de Alberto Xavier (Do lançamento teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. 2.ed. Rio de Janeiro: forense 2002) quando ensina que "o ato do lançamento como aplicação do direito envolve a interpretação da lei, a caracterização do fato previsto na hipótese normativa e sua ulterior subsunção ao tipo legal. Por isto atrela ao princípio da verdade material outro princípio, por indissociável, o inquisitório, assim explicitando:

"O procedimento tributário de lançamento tem como finalidade central a investigação dos fatos tributários, com vista à sua prova e caracterização; respeita à premissa menor do silogismo de aplicação da lei. Como porém, proceder a investigação e valoração dos fatos?

A este quesito a resposta do Direito Tributário é bem clara

Dominado todo ele por um princípio de legalidade, tendente à proteção da esfera privada contra os arbítrios do poder, a solução não poderia deixar de se consistir em submeter a investigação a um princípio inquisitório e a valoração dos fatos a um princípio da verdade material)³.

Entre as características deste procedimento, sua natureza inquisitória é ressaltada no que tange às provas e ao objeto do processo, completa o raciocínio afirmando:

"Na verdade, nenhuma das manifestações que pode assumir o princípio dispositivo tem qualquer relevo no campo do Direito Tributário.

Não o tem quanto ao direito material, pois que, em virtude da natureza pública dos interesses em causa, do princípio da legalidade e, em especial, da rígida inderrogabilidade das normas tributárias, o Fisco não pode dispor do seu direito, renunciando à aplicação do tributo, ou à sua cobrança, ou aceitando a tributação em medida diversa da prevista na lei. Por outro lado, também não pode o contribuinte consentir espontaneamente no pagamento dum tributo indevido, por não lhe caber no caso concreto, ou por ser devido em medida inferior, o que significa que a limitação da esfera patrimonial dos particulares que tenha como fundamento uma lei tributária não está na livre disponibilidade dos particulares?

Por isto não é possível confirmar a decisão recorrida em seus termos, pois a esses princípios se atrela o da indisponibilidade dos bens públicos, como leciona Aliomar Baleeiro ⁴ "No Direito Tributário onde se fortalece ao extremo a segurança jurídica, os princípios da especificidade legal são de sabida relevância

O agente da Administração Tributária que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade



dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei — que disciplina o tributo — ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5172/66, acarretará a sua responsabilidade funcional."

(.)

Restando confirmados à subsunção dos fatos às normas, nos termos do artigo 149 do CTN, Voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso de Ofício interposto, para ajustar o valor do lançamento, aplicando-se aos valores das receitas omitidas, o percentual de 1,92%, a base de cálculo das exigências para o IRPJ e a CSLL.

Quanto ao PIS e COFINS, serão cancelados porque lançados incorretamente, como bem consigna a decisão recorrida:

(...)

O lançamento do PIS e da COFINS devem ter a mesma sorte, mas por motivo diverso

Como se depreende da descrição dos fatos (11s 469, 470, 474, 475, 476 e 480), a fiscalização considerou o período de apuração do PIS e da Cofins como trimestral, ao invés de mensal como determinado pelo art 74 do Decreto nº4.524, de 17 12 2002

Art. 74 O período de apuração do PIS/Pasep e da Cotins é mensal (Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 22, e Lei nº 9.715, de 1998, art 22)

Tal tipo de erro gera reflexos não somente no critério temporal do lançamento, mas também, no quantitativo, uma vez que interfere no cálculo dos juros moratórios. consequência, impõe-se a anulação das exigências de PIS e de Cotins

Nesta conformidade voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.


Ivete Malaquias Pessoa Monteiro