



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10850.002168/93-66
Recurso nº. : 108.408
Matéria: : IRPJ - EXS: 1989 e 1992
Recorrente : ELETRO METALÚRGICA CIAFUNDI LTDA.
Recorrida : DRF em SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP
Sessão de : 18 DE NOVEMBRO DE 1997
Acórdão nº. : 101-91.561

DECADÊNCIA- Em se tratando de lançamento por homologação, para fatos geradores ocorridos no ano calendário de 1988, o lançamento não mais pode ser efetuado no ano de 1994. Preliminar de decadência acatada.

QUEBRA DE SIGILO- Informações obtidas regularmente junto às instituições financeiras e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação de sigilo bancário.

CERCEAMENTO DE DEFESA- Se o processo ficou à disposição do sujeito passivo para vistas e obtenção das cópias que desejasse, não há que falar em cerceamento de defesa pelo fato de o auto de infração não ter sido acompanhado de todos os elementos que instruíram a fase investigatória.

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO- A vedação quanto à intuição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador, e não ao aplicador da lei.

OMISSÃO DE RECEITA- Falta de contabilização - A prática de não contabilizar ou contabilizar a menor as receitas auferidas, suficientemente provada nos autos, enseja a tributação dos respectivos valores a título de omissão de receita.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA- Infirmadas as explicações dadas pela empresa como origem dos depósitos bancários em seu favor, após investigação aprofundada feita pela Fiscalização na contabilidade do contribuinte, legítima a presunção de omissão de receita.

AGRAVAMENTO DA MULTA- A prática de não contabilizar ou contabilizar a menor as receitas auferidas e a contabilização de ingressos de recursos em conta corrente bancária com histórico fictício caracterizam evidente intuito de fraude, a justificar a penalidade agravada.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - A autorização legal se refere à compensação de prejuízos com lucros de períodos subsequentes, não se admitindo o contrário (compensar lucros apurados em lançamento de ofício com prejuízos de período posterior)

PIS/FATURAMENTO Não prospera a exigência formalizada com base nos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF.

FINSOCIAL - Execetuado em relação a fatos geradores ocorridos em 1988, quando vigorou a alíquota de 0,6%, a alíquota do FINSOCIAL não pode exceder a 0,5%.

TRD - Os juros de mora só podem ser calculados segundo os índices da TRD a partir do mês de agosto de 1991, quando em vigor a Lei 8.218/91.

Recurso parcialmente provido.

✓

Processo nº. : 10850.002168/93-66
Acórdão nº. : 101-91.561

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ELETRO METALÚRGICA CIAFUNDI LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER tão somente a preliminar de decadência e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATOR

FORMALIZADO EM:

21 NOV 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL e CELSO ALVES FEITOSA.

Recurso nº. : 108.408
Recorrente : ELETRO METALÚRGICA CIAFUNDI LTDA

RELATÓRIO

Contra o contribuinte ELETRO METALÚRGICA CIAFUNDI LTDA. foram lavrados autos de infração de IRPJ (fls. 1681/1688), PIS/Faturamento (fls. 1691/1695), FINSOCIAL (fls. 1697/1700), Imposto de Renda Retido na Fonte (fls. 1704/1711) e Contribuição Social (fls. 1714/1720).

As infrações cometidas estão descritas no auto de infração do IRPJ (tomado como matriz, dos quais os demais são considerados decorrentes) como a seguir :

1- OMISSÃO DE RECEITAS

RECEITAS NÃO CONTABILIZADAS

Omissão de Receita Operacional caracterizada pela falta ou insuficiência de contabilização, relativamente à venda de lotes apurada conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO E RETENÇÃO DE DOCUMENTOS de 14/07/93, a saber :

Valor das vendas recebidas em 1988, com contabilização	
parcial a crédito de antecipação de clientes.....	18 351.546,70
Valor sem qualquer contabilização.....	2 873 449,00
soma.....	21 274 995,70

Conforme descrito nos itens 01 a 06 do RELATÓRIO anexo à INTIMAÇÃO 556/93, os lotes foram vendidos pelos valores reais constantes dos contratos e, quando contabilizados, foram por valor inferior, sendo a diferença depositada na conta 2989, do Banco Itaú de Olímpia, aberta pela empresa em nome de DORLY MELLO BALLIANO.

No caso do comprador Sebastião da Luz Andrade não houve qualquer contabilização e os cheques por este emitidos foram todos depositados na citada conta 2989. Esta conta do Banco Itaú foi aberta pela empresa, de forma fraudulenta, em nome de DORLY MELLO BALLIANO, conforme Laudo de Exame Grafotécnico, expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO	VALOR TRIBUTÁVEL(Cr\$)	MULTA
1989	21.224.995,70	150%

Omissão de Receita Operacional, nos valores de CZ\$ 924.825.149,20 e NCZ\$ 3.007.350,64, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos, conforme detalhado na INTIMAÇÃO 556/93, de 03/12/93, depositados na conta 02989-0, identificada pela senha ***, aberta pela empresa no Banco Itaú de Olímpia, em nome de DORLY MELLO

✓

BALLIANO, de forma fraudulenta, conforme Laudo de Exame Grafotécnico, expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Dos valores brutos dos créditos na citada conta 2989 foram escoimados, à vista dos elementos disponíveis, o que se segue:

a) as transferências efetuadas da conta 10024, Banco Itaú, aberta em nome da empresa conforme DEMONSTRATIVO II, anexo à INTIMAÇÃO 556/93;

b) os valores das vendas fictícias ou não confirmadas em cruzamento, expediente este usado pela empresa para acobertar transferências de numerário da conta paralela 2989(***) para a conta normal 10024-6 do Banco Itaú, conforme DEMONSTRATIVO III anexo à INTIMAÇÃO 556/93.

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO	VALOR TRIBUTÁVEL	MULTA
1989	924.825.149,20	150%
1990	3.007.350,64	150%

Omissão de Receita Operacional apurada conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO DE 14/07/93, caracterizada pela falta de contabilização da venda de lotes no ano-base de 1991, no valor de Cr\$ 12.400.000,00

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO	VALOR TRIBUTÁVEL	MULTA
1992	12.400.000,00	150%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 157 e § 1º, 175, 178, 179, 387, inciso II, 165 e 158 do RIR/80

2- OMISSÃO DE RECEITAS
PASSIVO FICTÍCIO

Omissão de Receita Operacional, caracterizada pela manutenção, no passivo, do balanço de 31/12/88, de obrigação já paga e/ou não comprovada, conforme relações fornecidas pelo contribuinte e Termo de Intimação de 15/04/93 e 02/12/93 e Termo de Verificação de 23/11/93 e de 21/12/93, a saber :

RUBRICA	VALOR DE BALANÇO	VALOR COMPROVADO	PASSIVO FICTÍCIO
FORNECEDORES	196.544.013,33	159.725.978,11	36.818.035,22
CONTAS A PAGAR	50.491.478,03	50.405.712,24	85.765,79
ENCARGOS SOC.	150.964.201,98	143.906.814,60	7.961.188,39

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO	VALOR TRIBUTÁVEL	MULTA
1989	43.961.188,39	50%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 157 e § 1º, 179, 180, e 387 do RIR/80



3- CUSTOS DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS
CUSTOS E DESPESAS NÃO COMPROVADOS

Custo fictício contabilizado mediante artifício de emissão de nota fiscal de entrada nº 4249, de 23/12/88 no valor de CZ\$ 14.850.000,00, por suposta aquisição de matéria prima de ANTONIO MOACIL RODRIGUES, que por sua vez negou taxativamente a existência da operação, conforme prova 01, do relatório anexo à INTIMAÇÃO 556, de 03/12/93.

O cheque do banco Itaú nº 288966 da conta 10024 da empresa, de Cz\$ 14/850.000,00, emitido para suposto pagamento da operação foi, na realidade, depositado na conta 2989 0, aberta em nome de DORLY MELLO BALLIANO no mesmo banco. A abertura da conta se deu de forma fraudulenta comprovada através de Laudo de Exame Grafotécnico, expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO
1989

VALOR TRIBUTÁVEL
14 850.000,00

MULTA
150%

Glosa de custos/despesas nos valores de Cz\$ 17.403.827,44 no ano base de 1988 e Ncz\$ 146.920,29 no ano-base de 1989m contabilizados em duplicidade pelas razões descritas no TERMO DE VERIFICAÇÃO de 21/12/93, a seguir resumidas:

- a) O contribuinte lançou como custo/despesa os valores dispendidos com a aquisição de TICKET RESTAURANTE com os quais quitava seus fornecedores de refeições/alimentos,
- b) O contribuinte, valendo-se de notas fiscais emitidas pelos fornecedores de refeições/alimentação, novamente contabilizava como custo/despesa o valor das citadas notas;
- c) Conforme provas 11, 23 e 24 do relatório anexo à INTIMAÇÃO 556/93, os cheques emitidos pela empresa para os supostos pagamentos das refeições/alimentação forma depositados na conta 2989, aberta pela empresa, de forma fraudulenta, em nome de DORLY MELLO BALLIANO, conforme Laudo de Exame Grafotécnico, expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO
1989
1990

VALOR TRIBUTÁVEL
CZ\$ 17.403.827,44
NCZ\$ 146.920,29

MULTA
150%
150%

Glosa de despesas financeiras conforme apurado no TERMO DE VERIFICAÇÃO de 21/12/93 item 03, face à contabilização indevida a débito de despesas de juros em 18/04/89, quando deveria debitar clientes por se tratar de venda para W.W. PERECO LTDA, conforme duplicata 34865-1-1

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO

VALOR TRIBUTÁVEL

MULTA

1990 52.164,00 50%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 157 e § 1º, 191; 192; 197 e 387, inciso I, do RIR/80

- 4- OUTROS RESULTADOS OPERACIONAIS
OMISSÃO DE VARIAÇÕES MONETÁRIAS ATIVAS
Valor apurado conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO E RETENÇÃO DE DOCUMENTOS de 23/12/93, por falta de reconhecimento, no balanço de 31/12/88, da atualização monetária das parcelas de antecipações do IRPJ recolhidas em 30/09 e 30/10/99, no valor de CZ\$ 17 374,287,00

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO

1989

VALOR TRIBUTÁVEL

17.374.287,00

MULTA

50%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 157 e § 1º, 175, 254, inciso I e parágrafo único e 387, inciso II, do RIR/80

- 5- CORREÇÃO MONETÁRIA
BENS DO ATIVO PERMANENTE NÃO CONTABILIZADOS
Omissão de receita de correção monetária no valor de NCZ\$ 31.375,50, caracterizada pela falta de correção monetária de parte do valor do veículo do ativo permanente, adquirido de ADILEI BALDAN por NCZ\$ 7.000,00 e contabilizado por NCZ\$ 3.500,00, conforme item 04 do TERMO DE VERIFICAÇÃO de 23/12/93.

Conforme detalhado na prova 02 do RELATÓRIO anexo à INTIMAÇÃO 556/93, o valor rela da aquisição do veículo de NCZ\$ 7.000,00 foi pago com cheque de emissão da conta 2989 aberta pela empresa, de forma fraudulenta, em nome de DORLY MELLO BALLIANO, conforme Laudo de Exame Grafotécnico, expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Para acobertar a operação subfaturada, contabilizada no valor de NCZ\$3 500,00, a empresa emitiu o cheque nº 090680, em 28/04/89 da conta 10024, Banco Itaú, tendo-o depositado na conta 2989, do mesmo Banco.

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO

1990

VALOR TRIBUTÁVEL

31.375,50

MULTA

150%

ENQUADRAMENTO LEGAL

Artigos 4º, 10; 11; 12, 15; 16; e 19 da Lei 7799 e art. 387, inciso II do RIR/80

- 6- COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS
REGIME DE COMPENSAÇÃO



Compensação indevida de prejuízo(s) fiscal(is) apurado(s), tendo em vista a reversão (ões) do(s) prejuízo(s) após o lançamento da(s) infração(ões) constatada(s) no(s) período(s)-base 88, através deste Auto de Infração

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO

1990

VALOR TRIBUTÁVEL

534.297,00

MULTA

50%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 157 e § 1º, 382, 386 e § 2º, 388, inc. III do RIR/80

7- POSTERGAÇÃO DE IMPOSTO /INOBSERVÂNCIA REGIME ESCRITURAÇÃO
ANTECIPAÇÃO DE CUSTOS OU DESPESAS

Valor apurado conforme TERMO DE VERIFICAÇÃO E RETENÇÃO DE DOCUMENTOS de 23/11/93, referente à constituição a maior de provisão para férias, em 31/12/88, antecipando indevidamente custo ou despesa no valor de CZ\$ 17.567.876,57

EXERCÍCIO OU

MÊS/ANO

1989

VALOR TRIBUTÁVEL

17.567.876,57

MULTA

50%

ENQUADRAMENTO LEGAL :

Arts. 155, 157 e § 1º, 171, 172, 173, 280, 281 3 387, inciso II, do RIR/80

O valor total do crédito lançado nos cinco autos de infração equivale a 1.360.633,84 UFIR, assim discriminado ;

- IRPJ

Imposto	137.250,98
Juros de mora.....	517.089,39
multa proporcional (passível de redução).....	192.799,72
multa (não passível de redução).....	830,65
TOTAL.....	847.970,74

- PIS

contribuição.....	1.671,84
juros de mora.....	5.864,47
multa proporcional (passível de redução).....	2.359,76
TOTAL.....	9.896,07

- FINSOCIAL

contribuição.....	2.230,91
juros de mora.....	7.000,82
multa proporcional (passível de redução).....	3.086,52
TOTAL.....	12.318,25

- IRRF

imposto.....	51.267,24
juros de mora.....	218.583,98
multa proporcional (passível de redução).....	83.565,74
TOTAL.....	359.416,96

-CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

contribuição.....	21.326,44
juros de mora.....	80.195,72

multa proporcional (passível de redução).....	29 509,66
TOTAL	131 031,82
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DO PROCESSO	1 360.633,84

Os enquadramentos legais para os autos de infração decorrentes foram os seguintes :

PIS : Art. 3º, alínea “b” da Lei Complementar 7/70, c/c art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar 17/73, Título 5, Capítulo 1, Seção 1, alínea “b”, itens I e II do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF 142/82, e art. 1º do Decreto-lei 2.445/88 c/c art. 1º do Decreto-lei 2.449/88.

FINSOCIAL : Art. 1º, § 1º, do DL 1.940/82 e art. 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL aprovado pelo Decreto 92698/86, e art. 28 da Lei 7738/89

IRRF : Art. 8º do DL 2.065/83. Lei 7.713/88, art. 35; Art. 41, § 2º da Lei 8.383/91

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL : Art. 2º e seus parágrafos, da Lei 7.689/88.

A empresa impugnou as exigências, estando suas razões de defesa assim sintetizadas pela autoridade julgadora de primeiro grau:

“ 1. os Srs. agentes fiscais cometeram abusos, arbitrariedade e delitos durante o período em que estiveram fiscalizando,

2. teriam eles obtido extratos e cheques mediante ilegal, inconstitucional e criminosa quebra de sigilo bancário,

3. está extinto o direito do fisco exigir os tributos nos respectivos autos pelo transcurso de cinco anos previsto na legislação tributária, não podendo prevalecer, pois, as autuações concernentes a fatos anteriores a 1989,

4. somente mediante processo instaurado poderia o Fisco solicitar informações econômicas dos contribuintes e essas informações somente poderiam ser solicitadas por Delegado da Receita Federal e não por mero agente fiscal; não foi mencionado qualquer processo e, portanto, os autos de infração são nulos;

6. além de não instruir os autos com o laudo a fiscalização também omitiu depoimentos e documentos tentando esconder os ilícitos praticados de quebra de sigilo bancário, o que torna a caracterizar a nulidade do auto;

7. a impugnante viu-se forçada a impetrar mandado de segurança para poder ter acesso aos autos do procedimento administrativo, conseguindo obter cópia do aludido procedimento; constatou inúmeras diferenças entre a cópia recebida e as apresentadas pelo Fisco à justiça, reforçando a conclusão de ilicitude praticada pela Receita Federal;

8. a atitude fiscal violou o direito de ampla defesa e do contraditório, que são direitos constitucionais;



9. a impugnante jamais movimentou a conta bancária do Sr. Dorly e repete os esclarecimentos já prestados anteriormente relativos a fatos decorrentes da fiscalização;

10. é evidente a natureza flagrantemente confiscatória das multas e requer o cancelamento imediato dessas penalidades por sua evidente infringência constitucional;

11. a correção monetária exigida é jurídica e legalmente indevida, pois baseou-se em índice da Taxa Referencial, já fulminado como inconstitucional pelo STF;

12. contesta todos os demais autos decorrentes do primeiro;

13. impugna o processo relativo ao IPI ante a total falta de provas;

14. pleiteia a exclusão do FINSOCIAL porque dita contribuição é inconstitucional;

15. pretende seja excluída da base de cálculo do PIS/FATURAMENTO as receitas financeiras tendo em vista que os Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2/449/88 são inconstitucionais;

16. entende que não prevalece o imposto de renda na fonte porque as operações indicadas no auto não geram obrigatoriedade de retenção e não houve fato gerador desse imposto;

17. requer :

a. expressamente, que os agentes signatários do auto informem as circunstâncias e os meios de que se valeram para obter acesso aos dados bancários;

b. que sejam enviadas cópias da impugnação ao Ministério Público e à Procuradoria da Fazenda Nacional para instauração de processos administrativos e penais;

c. que sejam ouvidas as testemunhas a quem foram mostradas cópias dos extratos e cheques do Sr. Dorly e as testemunhas da coação verbal;

d. que seja tomado depoimento da Sra. Dorly sobre a inexistência de processo e sobre a coação que lhe impôs a fiscalização;

e. que seja efetuada perícia, indicando profissional para responder aos quesitos que formula;

f. o acolhimento das preliminares e o cancelamento total do auto.”

O Delegado da Receita Federal em São José do Rio Preto julgou improcedente a impugnação. Resumidamente, assim está motivada sua decisão :

- A preliminar de decadência foi rejeitada porque, tendo a empresa entregue sua declaração do IRPJ do exercício de 1989 em 11.05.89 (fls 08), o prazo para revisão do lançamento, segundo entendeu o julgador singular, se escoaria em 11.05.94, e a empresa tomou ciência do auto em 05.01.94.

- As informações bancárias foram pedidas pelo Delegado da Receita Federal a partir de processos instaurados, sob os nºs 10850.002459/92-28 , 10850.001461/93-15 e 10850.000848/93-

VE

08. Portanto, as informações bancárias foram obtidas legal e regularmente, inexistindo quebra de sigilo bancário.

- A audiência de testemunhas foi rejeitada, por não estar prevista no processo administrativo fiscal, e eventuais informações de terceiros que a defendente queira revelar devem ser reduzidas a termo escrito e trazidas ao processo com a impugnação.

- A declaração da Sra. Dorly anexada com a impugnação (fls 1779) no sentido de que o depoimento prestado na Agência de Olímpia foi irregular não invalida suas alegações constantes do processo, pois não se insurge contra outros depoimentos, de idêntico teor, por ela prestados posteriormente (fls 1634 e 1635).

- Não procedem as alegações de cerceamento de defesa. A empresa recebeu por via postal, cópia dos autos de infração e respectivos anexos e demonstrativos. Todos os demais documentos (laudo, depoimentos, etc.) encontram-se no processo, que esteve a sua disposição para vista e tirada de cópia durante toda a fase de impugnação. No mandado de segurança aludido pela empresa foi concedida liminar para vista ao processo instaurado para solicitação de extratos bancários. Acompanham a informação prestada ao respeitável Juízo cópia de algumas peças do referido processo, inexistindo divergência entre os documentos remetidos ao juízo e os constantes do processo.

- Todas as infrações pela Fiscalização não foram infirmadas pela impugnante, que só trouxe como prova acompanhando a peça impugnatória uma declaração da Sra. Dorly Mello Balliano no sentido de ter sido coagida a assinar o termo de Esclarecimento e Declaração (fls 1633)

- Quanto ao efeito confiscatório vedado pela Constituição, ele se refere a tributo, não abrangendo as multas por ilícitos fiscais.

- A TRD aplicada no auto de infração é a título de juros, e não de correção monetária, e, ainda, não há contradição entre sua cobrança e o art. 192 da Constituição, que se reporta a juros de aplicações financeiras.

- Não cabe a invocação de inconstitucionalidade quanto ao PIS e FINSOCIAL, primeiro, porque as declarações incidentais de inconstitucionalidade só produzem efeito entre as partes, depois, porque a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oposta na esfera administrativa.

- A tributação na fonte é devida porque, em relação ao exercício de 1989, houve redução do lucro líquido por omissão de receita que se presume distribuída aos sócios por determinação do art. 8º do DL 2.065/83, e no exercício de 90, as irregularidades ocasionaram recolhimento a menor do ILL estabelecido no art. 35 da Lei 7.713/88.



- A perícia foi indeferida porque “com os quesitos ao perito indicado a empresa pretende respostas relativas a pontos não contestados, que poderão ser obtidas ao exame dos documentos constantes do processo”sendo, pois, desnecessária e inoportuna.

Inconformada, a empresa recorre a este Conselho reeditando todas as razões apresentadas com a impugnação. Ou seja, reafirma ter havido abusos e arbitrariedades por parte dos agentes fiscalizadores, renova a preliminar de decadência, de quebra do sigilo bancário (traz extensa doutrina a respeito), nulidade por ausência de laudo, depoimentos e demais elementos de prova, cerceamento de defesa e do direito ao contraditório (insiste em que não obteve acesso ao processo administrativo). Aduz que se impõe a reforma da decisão recorrida, por serem totalmente improcedentes as autuações, já que a recorrente jamais movimentou a conta bancária da Sra Dorly Mello Balliano, único elemento em que se baseou a acusação. Diz mais, que foi-lhe vedada injusta, ilegal e inconstitucionalmente a produção provas que, por direito, podia produzir. Menciona que o relatório anexado a uma das intimações faz referências a fitas de caixa fornecidas pelo Itaú, terminais de caixa com o número de autenticação, saques com cartão magnético, transferências eletrônicas de movimentação financeiras, etc., informações consideradas pelas leis nacionais como sigilosas. Em contato com a instituição financeira a recorrente apurou que não houve fornecimento regular de qualquer informação à fiscalização sobre dados sigilosos, as informações obtidas pela fiscalização o foram sob coação, a fiscalização ouviu empregados do banco, obtendo por coação informações sobre a movimentação financeira da empresa.

Termina por requerer o provimento total do recurso.

É o Relatório. 

VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora.

Recurso tempestivo. Dele tomo conhecimento.

A apreciação da preliminar de decadência suscita considerações sobre a natureza do lançamento do IRPJ. Em outras oportunidades tive ocasião de assim me manifestar sobre o assunto

“..... a doutrina diverge ao classificar a natureza do lançamento do IRPJ, defendendo alguns tratar-se de lançamento por declaração, enquanto outros consideram tratar-se de lançamento por homologação.

Entendemos que o CTN não foi feliz ao usar a expressão *lançamento por homologação*.

O lançamento, na realidade, é um procedimento para **formalizar** o crédito tributário. O crédito tributário nasce com a obrigação, e é formalizado pelo lançamento. Na figura que o CTN chama de *lançamento por homologação*, ao nascer a obrigação o sujeito passivo efetua o pagamento. Se seu procedimento for homologado (expressa ou tacitamente) pela autoridade administrativa, a obrigação estará extinta, não havendo que se falar em **formalizar** o crédito e, conseqüentemente, descabendo o lançamento. Se o procedimento não for homologado, o crédito será formalizado pela autoridade administrativa, mas sob a modalidade de lançamento de ofício.

Entretanto, em que pese essa impropriedade, o fato é que o Código prevê três modalidades de lançamento, conforme a participação do contribuinte em sua elaboração.

No *lançamento por declaração*, uma vez ocorrido o fato gerador, o sujeito passivo presta todas as informações (ou declarações), com base nas quais a autoridade administrativa procede à liquidação do crédito e o formaliza, notificando o sujeito passivo que, só então, poderá pagá-lo.

No *lançamento de ofício* a autoridade administrativa formaliza o crédito sem qualquer participação do sujeito passivo, utilizando apenas dados que possua em seus cadastros ou obtidos pela fiscalização.

No *lançamento por homologação*, uma vez ocorrido o fato gerador o sujeito passivo não tem que esperar qualquer atitude da administração, devendo ele próprio liquidar o crédito e pagá-lo, e, ao mesmo tempo, informar ao Poder Público da ocorrência do fato gerador e das condições e circunstâncias em que ocorreu. A partir daí a administração verifica se o pagamento está correto e, em caso positivo, o homologa. Destaque-se que embora o Código não fale expressamente da obrigação acessória do sujeito passivo de informar a ocorrência do fato gerador e das suas circunstâncias (ao mesmo tempo em que efetua o pagamento), tal é uma decorrência lógica do sistema, pois a administração não teria como homologar o pagamento se não conhecesse esses fatos. Assim, ao dispor que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para homologar “o lançamento”, deixa o CTN implícito que desde aquela data a autoridade administrativa tem conhecimento das circunstâncias exatas em que ocorreu o fato gerador. Se assim não fosse, isto é, se fosse possível que mediasse intervalo de tempo entre a ocorrência do fato gerador e o pagamento ou entre aquele e a prestação das informações sobre ele à administração, esta não teria o prazo de cinco anos para homologá-lo, conforme

previsto no §4º do art. 150 do CTN. Porque, enquanto não efetuado o pagamento, não há o que homologar, e enquanto a administração não tem conhecimento das circunstâncias em que ocorreu o fato gerador, não pode calcular o tributo para efetuar a homologação.

A diferença marcante entre os lançamentos *por declaração* e *por homologação* consiste em que, no primeiro, o sujeito passivo presta as informações a respeito do fato gerador ocorrido e aguarda a manifestação da administração para efetuar o pagamento, enquanto no segundo, ao mesmo tempo em que informa a ocorrência do fato gerador, ele efetua o pagamento, sem esperar qualquer manifestação da administração.

Em ambos os casos, constatado erro no crédito apurado, a administração efetuará o *lançamento de ofício* para exigir a diferença. Porém a Fazenda Pública tem um prazo fatal (cinco anos) para exercer esse seu direito de formalizar o crédito apurado (e pago) a menor. Findo esse prazo (decadencial), se extingue o direito da Fazenda Pública e, por isso, é importante definir o termo inicial desse prazo.

A regra básica para contagem do prazo decadencial é a prevista no inciso I do art. 173 do CTN: o *dies a quo* é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o imposto poderia ser lançado. Aplica-se-a aos lançamentos por declaração.

Quando se trata de "lançamento por homologação", o prazo fatal está delineado no § 4º do art. 150 do CTN - 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador - findo o qual dá-se a homologação tácita.

Ocorre que de 1966 (quando foi editado o Código Tributário Nacional) para cá, os procedimentos administrativos e a legislação tributária sofreram profundas alterações, e hoje nem sempre é possível classificar-se um lançamento rigorosamente numa daquelas duas modalidades (declaração ou homologação) desenhadas no CTN. Tal é o caso do IRPJ.

Se antes da entrada em vigor do Decreto-lei nº 1967, o lançamento do imposto de renda das pessoas jurídicas tinha a natureza de lançamento por declaração, é indiscutível que a partir daquele diploma legal, não mais se afeiçoa a essa modalidade: o sujeito passivo não fica aguardando que a administração, a partir das declarações por ele prestadas, liquide seu crédito e o notifique a pagá-lo.

Por outro lado, embora se aproxime infinitamente mais da modalidade de "lançamento por homologação" (o sujeito passivo paga o crédito por ele apurado sem aguardar a manifestação da administração), não se pode dizer que se trata de uma forma pura de lançamento dessa natureza. Falta-lhe a concomitância entre o aperfeiçoamento do fato gerador, o pagamento e a prestação das informações (como ocorre, por exemplo, no imposto de importação).

De qualquer forma, independentemente de qualquer esforço para identificar a natureza do lançamento do IRPJ, o fato é que, ao se aperfeiçoar o fato gerador (encerramento do balanço), além de a administração estar impossibilitada de calcular o imposto porque não tem as informações imprescindíveis para fazê-lo, não pode, também, exigí-lo de imediato, pois a lei assegura ao contribuinte prazo para prestar a declaração e efetuar o pagamento.

Assim, não podendo o *dies a quo* ser a data do encerramento do balanço, pois, como acima dito, não pode a Fazenda desde então efetuar o lançamento e, conseqüentemente, não teria o prazo de cinco anos para fazê-lo, a regra que comanda a decadência, nesses casos, será a do art. 173 e seu parágrafo único do CTN."

85

O assunto foi, todavia, longamente debatido por esta Primeira Câmara na Sessão de 17 de setembro último. E, considerando os sólidos argumentos do Conselheiro Jezer Cândido de Oliveira, no sentido de que a solução adotada teria que se conter nos limites delineados pelo CTN, a eles me rendi, como de resto todo o Colegiado. E a partir dessa diretriz, tendo em vista que o lançamento do IRPJ não mais tem qualquer característica de lançamento por declaração, outra não pode ser sua modalidade senão a de lançamento por homologação. E como lançamento por homologação, a decadência ocorre ao final de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Nessa ordem de idéias, acolho a preliminar de decadência em relação ao para o IRPJ do exercício de 1989, bem como em relação aos lançamentos decorrentes, quanto aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 1988.

Não há que se falar em violação do sigilo bancário. As informações foram obtidas regularmente junto às instituições financeiras, que as prestaram cumprindo determinação legal. Por outro lado, as informações foram usadas reservadamente pela Fiscalização, não tendo sido por ela divulgadas.

No que se refere às provas que a recorrente entende terem sido obtidas de forma ilegal, ferindo direitos e garantias constitucionais, estão elas nos autos, e não posso desconhecê-las. As provas constantes do processo não podem ser qualificadas como ilícitas, pois foram obtidas com respaldo na lei. Mesmo porque, só ao Poder Judiciário cabe julgar se houve ou não ilegalidade na obtenção das provas. Apenas com um provimento judicial determinando o desconhecimento das provas, porque ilegais, poderia, este Colegiado, ignorá-las.

A preliminar de cerceamento de defesa também é de ser rejeitada. Realmente, o artigo 9º do Decreto 70.235/72 determina que o auto de infração deve estar instruído com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Todavia, não cerceia a defesa o fato de esses elementos que o instruem não terem sido enviados ao contribuinte junto com o auto e respectivos demonstrativos, se eles sempre estiveram no processo, que ficou a disposição do autuado durante o prazo para impugnação, para vista na repartição e obtenção de cópias. O processo administrativo ao qual a recorrente se refere como tendo-lhe sido recusado acesso não é o presente, mas sim o que deu origem à solicitação de informações à instituição financeira (ou seja, procedimento da fase inquisitória, não sujeito ao contraditório). De qualquer forma, a recorrente obteve o acesso àquele processo mediante liminar concedida pelo juízo.

Não houve, também, ilegalidade, inconstitucionalidade ou arbitrariedade representada pela negativa de produção de provas, como alega a recorrente. Os esclarecimentos de terceiros que pretendia trazer aos autos poderiam ter sido feitos mediante declaração escrita por eles firmada. O

V. =

processo administrativo fiscal é essencialmente documental e , conseqüentemente, escrito. Não se compadece, ele, com a oralidade e assim, as provas que cada um pretenda trazer em seu favor (Fisco ou contribuinte) devem estar documentadas. Se se tratar de afirmações conscientes, devem estar reduzidas a termo escrito. Por outro lado, a perícia foi indeferida por prescindível e impertinente. De fato, os quesitos formulados pela agora Recorrente constituem-se, exatamente, nos ilícitos levantados pela auditoria, cujas provas estão nos autos (“Foram contabilizadas as vendas de lotes...?” “Houve compensação de prejuízos? “ “Os prejuízos foram compensados segundo as normas vigentes à época...? “ etc.) . Se não correspondiam (as acusações da fiscalização) à realidade, caberia ao contribuinte trazer ao processo provas em contrário.

Sobre a pretendida inconstitucionalidade da multa, é de se considerar, antes de mais nada, que está ela prevista em lei em vigor, não cabendo ao órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la enquanto não reconhecida sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, a vedação constitucional é quanto à utilização **tributo** com efeito confiscatório, não se referindo a multas por atos ilícitos. E mais, dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

Quanto ao mérito, nada a Recorrente trouxe aos autos. Apenas afirma não ter cometido as irregularidades, mas não traz sequer uma prova para elidir as acusações , nada para afastar as provas trazidas pela Fiscalização. Portanto, ressalvado o exercício de 1989, abrangido pela decadência, permanece a exigência a título de IRPJ. Essa conclusão aplica-se, também, aos processos decorrentes, tendo em vista o vexo lógico que guardam com o lançamento matriz. Devem, todavia, ser levadas em conta as seguintes particularidades :

O FINSOCIAL está calculado às alíquotas de 0,6%, 1,0% e 2,0% , para fatos geradores ocorridos em , respectivamente, 12/88, 12/89 e 12/91.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 150764-1/Pernambuco, declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 7.689/88, do art. 7º da Lei 7.787/89, do art. 1º da Lei 7.894/89 e do art. 1º da Lei 8.147/90, que majoraram a alíquota da contribuição. Conseqüentemente, ressalvados os fatos geradores ocorridos em 1988, quando vigorou a alíquota de 0,6%, a alíquota não pode ser superior a 0,5%. Na esteira do pronunciamento da Suprema Corte, o Poder Executivo, por meio do art. 17, inciso III, da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, determinou o cancelamento dos lançamentos relativos à contribuição ao Fundo de Investimento Social- FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 9º da Lei 7.689/88, na alíquota superior a 0,5% , conforme Leis 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90.

Deve, pois, ser cancelada a exigência relativa aos fatos geradores ocorridos em 1989 e 1991, no valor que exceder ao obtido mediante a aplicação da alíquota de 0,5%



Quanto ao PIS, a exigência está formalizada com base nos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988.

Todavia, é de se considerar que, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade formal dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88. Veja-se, por exemplo, a ementa do julgado seguir transcrita :

RE 161.474-9 BA, DJU 8.10.93, pág. 21018

“PIS- Contribuição para o Programa de Integração Social : Inconstitucionalidade formal dos decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, que alteram a legislação de regência, à luz da ordem constitucional sob a qual editados. (STF RE 147.754 - Plen. 24.6.93 -Resek) . Segundo a jurisprudência consolidada do STF, sob o regime constitucional pretérito, e desde a EC 8/77, as contribuições sociais como a destinada ao PIS deixaram de caracterizar tributo; por isso, e também porque, a outro título, aquela contribuição não se compreenderia no âmbito material das finanças públicas, não poderia sua disciplina material ter sido alterada por decretos-leis pretensamente fundados no artigo 55, II, da Carta de 69 : donde a inconstitucionalidade formal dos Decretos-leis 2.445 e 2.449 de 1988, declarada no julgamento do RE 148.754 pelo Plenário do Tribunal, precedente que é de aplicar-se no caso concreto”

Por esta razão, este Primeiro Conselho de Contribuintes vinha, sistematicamente, afastando a exigência formalizada com fundamento nas alterações prescritas naqueles diplomas legais. Finalmente, o Senado Federal, pela Resolução nº 49, de 9/10/95, (DOU 10/10/95) determinou a suspensão da execução dos mencionados Decretos-leis. Portanto, não pode prosperar a exigência relativa ao PIS, eis que fundada em diplomas legais inconstitucionais.

O Imposto de Renda na Fonte foi apurado de acordo com as normas então vigentes (art. 8º do Decreto-lei 2.065/83 para fatos geradores ocorridos em 1988 e art. 35 da lei 7.713 para fatos geradores ocorridos em 1989 e 1991)

Quanto à Contribuição Social, no que se refere ao exercício de 1989, além de contaminada pela decadência, o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 8º da Lei 7.689/88. Por sua vez, o Senado Federal, pela Resolução nº 11, de 04/04/95, suspendeu a execução do referido dispositivo legal e a Medida Provisória nº 1.110/95, no seu artigo 17, inciso I, determinou o cancelamento dos lançamentos da referida contribuição incidente sobre o resultado apurado no período-base de 1988.

No que se refere à TRD, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão CSRF/ 01-01.733/94, uniformizou entendimento e firmou jurisprudência no sentido de que, por força do disposto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a Taxa Referencial Diária- TRD só pode ser cobrada como juros de mora a partir do mês de agosto de 1991, quando entrou em vigor a Lei 8.218/91.



Isto posto, quanto às parcelas não abrangidas pela decadência (IRPJ e lançamentos decorrentes, relativos a fatos geradores ocorridos a partir do ano calendário de 89, inclusive) da dou provimento parcial ao recurso para:

- a) cancelar integralmente a exigência referente ao PIS;
- b) cancelar a parcela da exigência relativa ao FINSOCIAL referente aos fatos geradores ocorridos em 89 a 91, no que exceder à aplicação da alíquota de 0,5%;
- c) determinar que os juros de mora só sejam cobrados segundo os índices da TRD a partir do mês de agosto de 1991, inclusive.

Sala das Sessões - DF, em 18 de Novembro de 1997.


SANDRA MARIA FARONI