



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 10855.004458/2003-91
Recurso nº 144.616 Embargos
Matéria IRPJ e OUTROS - EXS.: 1999 e 2001
Acórdão nº 105-17.347
Sessão de 16 de dezembro de 2008
Embargante SOUZA E PIRES ADVOGADOS E ASSOCIADOS
Interessado QUINTA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercícios: 1999 e 2001

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - A ocorrência de equívoco na apreciação da tempestividade do recurso autoriza o acolhimento das razões oferecidas em sede de embargos e, por via de consequência, o conhecimento recurso voluntário anteriormente interposto.

MULTA QUALIFICADA - A falta de declaração ou a prestação de declaração inexata não autorizam, por si sós, a qualificação da multa de lançamento de ofício, que somente se justifica quando presente o evidente intuito de fraude, caracterizado pelo dolo específico, resultante da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa, descrito na Lei nº 4.502/64.

DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Nos tributos submetidos ao denominado lançamento por homologação, expirado o prazo previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN sem que a Administração Tributária se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - ACESSO - O ordenamento jurídico vigente autoriza à Administração Tributária, observados os requisitos legais que disciplinam a matéria (Lei Complementar nº 105, de 2001, e Decreto nº 3.724, também de 2001), acessar e usar as informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A partir da edição da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a

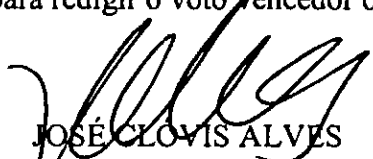
instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INTIMAÇÃO - A intimação regular do beneficiário dos recursos movimentados em conta bancária acerca da origem dos valores, representa corolário do princípio do direito de defesa, de modo que a sua inobservância implica cerceamento ao contraditório. No caso vertente, entretanto, em que a própria contribuinte, por meio do seu sócio-gerente, aporta aos autos documentos que julga comprovar a referida origem, resta evidente que a intimação específica revelasse providência de caráter formal que, ainda que não satisfeita, não pode dar causa à nulidade do feito.

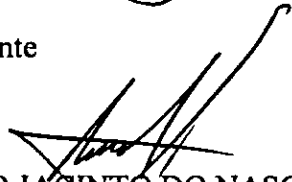
JUROS SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, ACOLHER os embargos para retificar a decisão contida no Acórdão nº 105-16.288 de 28.02.2007 para conhecer do recurso e, no mérito, por maioria de votos, AFASTAR a qualificação da multa, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães (Relator) e Waldir Veiga Rocha. Por unanimidade de votos, AFASTAR a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa. Por unanimidade de votos, ACOLHER a decadência cujos fatos geradores ocorreram até 3º trimestre de 1995 em relação a IRPJ e CSLL e até outubro de 1998 inclusive em relação ao PIS e COFINS. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento.


JOSÉ CLOVIS ALVES

Presidente


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

Redator Designado

Formalizado em: 06 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, WALDIR VEIGA ROCHA, LUCIANO INOCÊNCIO DOS SANTOS (Suplente Convocado) e BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR (Suplente Convocado). Ausente, momentaneamente o Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO

e justificadamente os Conselheiros ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Trata o presente de embargos de declaração interpostos por SOUZA E PIRES ADVOGADOS E ASSOCIADOS.

Em conformidade com o aludido pela embargante na peça de fls. 4.691/4.693, esta Quinta Câmara, ao prolatar o acórdão nº 105-16.288 (sessão de 28 de fevereiro de 2007), incorreu em contradição.

Sustenta a embargante:

[...]

Nesse passo, pode-se concluir com serenidade, que a intimação ocorrida em 16 de novembro de 2004, conforme documento acostado à fl. 4.064, é nula, pois além de sido expedida em local diverso do "domicílio tributário do sujeito passivo", foi recebida por pessoa física incompetente, determinada Sra. Andréia Ribeiro, isto é, estranha à embargante ou seus representantes legais, fato que torna a intimação nula.

[...]

Diante de tal argumentação, o Presidente desta Quinta Câmara, acolhendo proposição contida no despacho de fls. 4.701, decidiu pela realização de diligência fiscal, para que a unidade local de jurisdição da contribuinte se manifestasse acerca das razões de fato e de direito que justificaram a intimação no domicílio descrito às fls. 4.604 (Rua Levindo Lima nº 55, 1º andar, Campolim, Sorocaba, São Paulo).

Em atendimento, a Delegacia da Receita Federal em Sorocaba, São Paulo, produziu a informação de fls. 4.719/4.720, da qual releva reproduzir os seguintes excertos:

...

Em 08/10/2004 foi expedida Intimação nº 349/2004 para ciência do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (fl. 4601) e enviada ao domicílio do contribuinte, constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ (fl. 4706) – Av. Presidente Kennedy, 349 – Jardim Paulistano, Sorocaba, SP. A correspondência retornou com a informação dos Correios "MUDOU-SE" (fl. 4603). Cumpre ressaltar que outra intimação foi enviada a este endereço, retornando com a mesma ocorrência, cf. fl. 4687.

Diante da impossibilidade de intimá-lo no seu domicílio tributário, conforme consta no CNPJ (fl. 4706), optou-se pela intimação no endereço do Responsável perante o CNPJ, Fabrício Henrique de Souza, CPF 144.886.448-80 (fls. 4707/4718), conforme AR de fl. 4604. Além disso, o endereço de fl. 4604 é o endereço que consta como do



procurador do contribuinte, conforme Procurações de fls. 80 e 4703. Cumpre instar que nas ref. procurações consta:

*"ambos com escritório na Rua Levindo Lima, nº 55, 1º andar, Parque Campolim, CEP 18047-720, na cidade de Sorocaba, Estado de São Paulo, Telefone (0**15) 3224-1811, onde recebe avisos, intimações, citações e/ou notificações e demais atos processuais (...)"*

Importante frisar que o contribuinte foi também intimado do Acórdão do Conselho de Contribuinte no endereço logo acima (fl. 4690). Além disso, consta o mesmo endereço como remetente na correspondência enviada ao Conselho de Contribuintes (fl. 4704) através da qual foram apresentados os Embargos de Declaração.

Em que pese a alegação da embargante, de intimação em local diverso do domicílio tributário, verifica-se nos autos que todas as correspondências foram levadas a conhecimento do mesmo. Tanto é verdade que o contribuinte apresentou o recurso voluntário, bem como os embargos de declaração.

O Decreto nº 70.235/72, em seu art. 23, bem assim o art. 992 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99), prevê alternativamente a cientificação do sujeito passivo pessoalmente ou por via postal. No caso, o Fisco preferiu encaminhar a intimação por via postal, estando legalmente amparado. O endereço de envio está correto, conforme pode ser concluído ao comparar-se o AR de fls. 4603 e 4687 com o endereço constante do CNPJ à fl. 4706. Contudo, infrutíferas tais tentativas de notificar o contribuinte, optamos, antes da intimação prevista no art. 23, par. 1º, I, pela intimação no endereço do responsável perante o CNPJ e também do procurador. Restando claro que obtivemos sucesso em nossas tentativas de notificação do contribuinte.

Por derradeiro, esclarecemos que nos termos do art. 30 do RIR/1999, o contribuinte é obrigado a comunicar as mudanças de endereço às repartições competentes no prazo de trinta dias. Não é inquinada de nulidade a intimação postal se o contribuinte não comunicou ao Fisco a alteração de endereço ou a sua baixa por dissolução da sociedade, de sua inscrição cadastral perante o órgão público. De sua desídia não pode advir vantagem para si.

...

Intimada a se manifestar acerca das conclusões acima transcritas, a embargante sustenta:

- que este Colegiado deve acolher os Embargos de Declaração visto que a Fazenda Nacional confirmou o descumprimento do permissivo legal, pois sequer se manifestou sobre o domicílio fiscal do representante do peticionante;

- que a Fazenda Nacional reconhece que não enviou a intimação no domicílio fiscal do representante, mas, sim, no endereço de seus procuradores;

- que a Fazenda Nacional não pode legislar em causa própria e agir à margem da lei, pois seus atos são vinculados e não discricionários;



- que pode-se concluir que a intimação fora recebida por pessoa incompetente, motivo pelo qual o não conhecimento do Recurso Voluntário representa cerceamento do direito de defesa e, por via de consequência, gera abuso de poder da Fazenda Nacional.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro WILSON FERNANDES GUIMARAES, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos embargos.

Diante dos elementos carreados aos autos, creio que as razões expendidas pela embargante em sede de embargos declaratórios devam ser acolhidas.

De fato, a própria unidade administrativa responsável pelo procedimento de cientificação admite que, **por opção**, encaminhou a intimação de ciência da decisão de primeira instância para o endereço do responsável perante o CNPJ, inobservando, assim, a regra estampada no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72.

Com a devida permissão, entendo que a providência adotada pela unidade responsável pelo procedimento de ciência não encontra respaldo na legislação de regência, pois, no caso, sendo improficua a intimação pela via postal, o que a norma processual estabelece é que se deve intimar por meio de edital.

Sem dúvida, a referida unidade administrativa trouxe aos autos elementos fáticos capazes de justificar o encaminhamento da intimação para o responsável pela contribuinte perante a Receita Federal, contudo, diante da impossibilidade de afastamento da regra processual estabelecida, a providência adotada restou sem suporte legal.

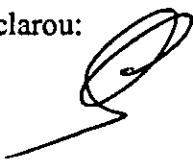
Sou, assim, pelo acolhimento dos embargos declaratórios interpostos.

Passo, pois, a apreciar as razões trazidas pela contribuinte em sede de recurso voluntário.

Trata o processo das exigências de IRPJ e reflexos (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins e Programa de Integração Social – PIS), relativas aos exercícios de 1999 e de 2001, formalizadas em decorrência da constatação de omissão de receitas derivada de depósitos bancários de origem não comprovada e de diferença entre o valor escriturado e o declarado.

Em conformidade com o Termo de Constatação Fiscal de fls. 365/367, temos que:

- o procedimento fiscal levado a efeito na empresa decorreu de informações trazidas pelo Sr. Fabrício Henrique de Souza, CPF nº 144.886.448-80, que, em atendimento a intimações feitas para que comprovasse a origem dos depósitos e créditos em sua conta corrente nº 12357, do Banco do Brasil, Ag. 512 (conta conjunta com Heber Renato de Paula Pires) e nas suas contas correntes nº 131581-1, 131753-6, 631223-5, 131600-9, todas do Unibanco, Ag. 0731, declarou:



“que as contas relacionadas na referida intimação foram movimentadas na atividade empresarial das empresas Souza e Pires Advogados Associado, e, Souza e Pires Assessoria Empresarial e Consultoria Tributária”.

- a Fiscalização, confrontando os documentos de fls. 270 a 287 (“Informações Prestadas à SRF”) com os livros fiscais da empresa Souza e Pires Advogados Associados, constatou, também, declaração a menor relativamente ao IRPJ – Lucro Presumido, referente ao ano de 2000, conforme planilha de fls. 338;

- no que tange aos depósitos bancários efetuados nas contas correntes do Sr. Fabrício, a Fiscalização, atribuindo a titularidade de fato à empresa Souza e Pires Advogados Associados, promoveu o lançamento, como omissão de receitas, dos valores dos depósitos especificados às fls. 355 a 363;

- para fins de lançamento da parcela tida como decorrente de omissão de receitas, a Fiscalização deduziu os valores dos recibos referentes a serviços jurídicos apresentados pela empresa e discriminados às fls. 339 a 354, elaborando quadro “Resumo” (fls. 364).

Entendendo que, em tese, a empresa teria incorrido em sonegação fiscal, a Fiscalização aplicou multa qualificada, formalizando Representação Fiscal para Fins Penais relativamente aos Srs. Fabrício Henrique de Souza e Heber Renato de Paula Pires.

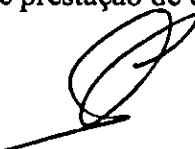
Inconformada, a autuada apresentou impugnação aos feitos fiscais, fls. 405/433, argumentando, em síntese, o seguinte:

- decadência do direito de a Fazenda Nacional proceder ao lançamento do imposto, consubstanciada no entendimento de que, no caso, o lançamento seria regulado pelo art. 173 do Código Tributário Nacional (para ela, o aspecto temporal da obrigação principal seria mensal);

- insubsistência do agravamento da multa, com base no argumento de que sempre atendeu as intimações da Fiscalização, fornecendo todos os documentos que lhe fora solicitado; aduziu que a tentativa de subsumir os fatos narrados ao comando do art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430, de 1996, não poderia lograr êxito, pois o fato descrito em tal dispositivo seria bem diverso do relatado pelos Auditores; afirmou, ainda, que os Auditores não descreveram em que consistiram os fatos por eles referidos, o que, por si só, teria o condão de macular a imposição, pois dificultaria a defesa, tendo ela que se defender de acusação genérica;

- entendeu que as provas obtidas junto aos estabelecimentos bancários eram ilícitas, razão pela qual o lançamento não poderia estar baseado nelas, mas, sim, nas informações e documentos carreados aos autos;

- contestou os critérios utilizados pela Fiscalização, destacando que o autuante deu interpretação aos fatos de forma a fazê-los conformar com os limites da legislação, sendo que, para ela, eles não se afigurariam dessa forma. Aduziu que forneceu vasta documentação onde afirmava que a movimentação apresentada não consistia em faturamento da sociedade e sim movimentação de recursos de terceiros; que tais recursos não ingressavam no seu patrimônio como faturamento mas, tratavam-se de recursos de terceiros, gerando obrigação para com eles, bem como dever de prestação de contas (representavam um passivo);



- alegou que a autoridade fiscal não teria observado as regras prescritas no art. 281 e parágrafos do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 para obter a documentação junto às instituições financeiras;

- argumentou, ainda, que em momento algum tinha sido intimada para esclarecer a origem e o destino dos recursos transitados nas contas bancárias, e que a aplicação da taxa selic, no caso, não teria fundamento jurídico.

A contribuinte não contestou os lançamentos efetuados por via reflexa, nem a exigência referente à diferença entre o valor apurado e o declarado no ano-calendário de 2000.

Através da Resolução nº 180, fls. 441/444, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, São Paulo, converteu o julgamento em diligência objetivando, entre outras coisas, que a contribuinte juntasse aos autos os documentos, relativos ao ano-calendário de 1998, que ela entendesse suficiente à comprovação das alegações trazidas em sede de impugnação, apresentando motivos para que eles fossem aceitos.

Promovida a diligência requerida, foi apresentado o Termo de Encerramento, fls. 4.576/4.577, do qual extraem-se as seguintes conclusões:

- que já se encontravam anexados desde a lavratura do Auto de Infração, nas fls. 291/337, cópias dos Livros Diário e Razão da empresa;

- que os valores omitidos não tinham sido escriturados;

- que foi solicitado à empresa a apresentação de **TODOS OS DOCUMENTOS QUE ELA CONSIDERASSE NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS NA IMPUGNAÇÃO**;

- que foram anexados os documentos de fls. 448/4.056;

- que a procuradora da empresa afirmara que todos os documentos necessários ao embasamento da impugnação foram considerados, e que eles esclareciam a movimentação bancária objeto do lançamento, não havendo nada mais a ser apresentado;

- que não teria havido nenhuma recusa em receber qualquer documento da empresa, pois todos os documentos que ela quis apresentar teriam sido aceitos, havendo, sim, a não utilização, por parte do responsável pela diligência, de documentos que foram avaliados como desnecessários à compreensão e embasamento do lançamento.

Explicitando as razões que o levou a não considerar determinados documentos, o agente fiscal assim se pronuncia (fls.4.576/4.577):

A ação fiscal levada a efeito na empresa SOUZA E PIRES foi uma consequência da levada a efeito junto ao Sr. Fabrício Henrique dos Santos, sócio daquela e responsável perante a SRF pela mesma. Aproveitamos todas as alegações e documentos apresentados por este, por entendermos desnecessário repetir as mesmas exigências.

No lançamento, baseamo-nos nos valores dos recibos apresentados e na movimentação bancária. Incluímos de fls. 339 a 354 uma relação detalhada dos recibos considerados, com todos os detalhes necessários



à sua identificação. Como o contribuinte deteve os documentos originais, ser-lhe-ia possível verificar se houve algum valor considerado indevidamente a partir de tal relação, apontando qualquer irregularidade que julgasse haver. Incluímos também, a título de informação, uma relação de todos os contratos apresentados (docs. de fls. 61 a 64), que o contribuinte poderia igualmente conferir. Inclusive, nesta última relação, apontamos os contratos em que constavam como parte outras pessoas/entidades, que não a impugnante. Mas, a esse respeito, através do Termo de Intimação Fiscal nº 005, de fl. 91, solicitamos ao impugnante que esclarecesse dúvidas se tais contratos tinha (sic) origem na atuação pessoal do Sr. Fabrício ou se eram relativos à atividade da impugnante. Na resposta de fl. 92, aquele informou que "toda a documentação apresentada, bem como a movimentação financeira subjacente, referem-se à atividade empresarial desenvolvida pela sociedade civil Souza e Pires".

No contato mantido com a representante da impugnante em função da presente diligência, tivemos renovada a compreensão, que já tínhamos tido no desenrolar da ação fiscal, de que a intenção da empresa, ao apresentar a maioria dos documentos ora anexados, nos 21 (vinte e um) volumes adicionais, era a de comprovar que teve despesas operacionais no desempenho de suas atividades, para cumprir os contratos em função dos quais teve a movimentação financeira objeto do lançamento. Ora, a importância de tais documentos seria outra, se a empresa não tivesse optado, de MANEIRA IRRETRATÁVEL, pela apuração do imposto a pagar pelas regras do LUCRO PRESUMIDO. Nesta apuração, não há que se preocupar com tais despesas operacionais, pois a legislação aponta como coeficiente de 32% (trinta e dois por cento) para apuração da base de cálculo. Nosso lançamento foi feito com base nessa opção do contribuinte, como não poderia deixar de sê-lo.

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, São Paulo, analisando os feitos fiscais, a peça de defesa e o resultado da diligência empreendida, decidiu, por meio do Acórdão nº 5.876, de 18 de agosto de 2004, fls. 4.580/4.594, pela procedência dos lançamentos, conforme ementa que ora transcrevemos.

DECADÊNCIA. IRPJ. CSLL. IRRF.

O direito de a Fazenda Pública rever o lançamento por homologação, em que se constate dolo, fraude ou simulação, se extingue no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em relação às contribuições para a seguridade social, a lei fixou um prazo de 10 anos para o Fisco proceder à constituição do crédito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

INTERPOSTA PESSOA. PROVA.



A comprovação de que a autuada utilizou-se de conta-corrente bancária em nome de terceiros para efetuar operações mercantis à margem de sua escrituração contábil pode ser feita mediante prova indiciária, não requerendo necessariamente prova direta.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Os depósitos em conta-corrente mantidas em nome de terceiros, cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas, presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

MULTA QUALIFICADA. 150%.

Constatado o dolo por meio de utilização de contas bancárias de terceiros para movimentação financeira da empresa como forma de se furto ao recolhimento de tributos, cabível a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%.

AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. DEFINITIVIDADE DO LANÇAMENTO.

A ausência de contestação consolida o lançamento tributário, nos termos da lei reguladora do processo administrativo fiscal.

OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. PROVA ILÍCITA.

A obtenção de provas pelo Fisco junto à instituição financeira não constitui violação às garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, nem quebra de sigilo, nem ilicitude, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente.

CERCEAMENTO DE DEFESA. ENTENDIMENTO DA MATÉRIA EXIGIDA.

Inocorre cerceamento de defesa se a autuação contém todos os elementos que permitam ao sujeito passivo identificar a matéria, especialmente quando se trate de fato declarado por sócio do próprio impugnante.

AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. DEFINITIVIDADE DO LANÇAMENTO.

A ausência de contestação consolida o lançamento tributário, nos termos da lei reguladora do processo administrativo fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento da contribuição com o qual compartilha o mesmo fundamento de fato e para o qual não há outras razões de ordem jurídica que lhe recomenda tratamento diverso.



Inconformada, a empresa apresentou o recurso de folhas 4.605/4.645, por meio do qual renovou as razões trazidas em sede de impugnação, as quais, passo a apreciar.

IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVAMENTO DA MULTA, visto que ela teria atendido as intimações formalizadas, fornecendo tudo que lhe foi solicitado.

Sustenta a Recorrente que a autoridade fiscal não descreveu em que consistiram os fatos que deram causa à qualificação da multa.

Tal assertiva não encontra respaldo nos autos, eis que restou consignado do Termo de Constatação de fls. 365/367, *verbis*:

Por entendermos que, em tese, a empresa incorreu em sonegação fiscal, por apresentar declaração de imposto de renda pessoa jurídica – DIPJ em que omitiu valores de receitas que, se conhecidas pela administração fazendária, resultariam em maior valor de imposto e contribuições a recolher, qualificamos as penalidades referentes a essas infrações (OMISSÃO DE RECEITAS E DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS e reflexos), bem como procedemos a Representação Fiscal para Fins Penais, relativamente aos Srs. Fabrício Henrique de Souza e Heber Renato de Paula Pires, para apreciação por parte do Ministério Público Federal.

Carece, pois, de sustentação, a argumentação da Recorrente de que a autoridade autuante não indicou os fatos que serviram de suporte para aplicação da multa qualificada.

Irrelevante, também, para a aplicação da multa em apreço, o fato de a contribuinte ter atendido as intimações formalizadas pela autoridade fiscal, visto que o eventual não atendimento ao solicitado pela Fiscalização faria com que o intimado incorresse em penalidade diversa da aplicada, qual seja, a prevista no parágrafo 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, na sua redação original (e não a prevista no inciso II do mesmo artigo).

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA com fundamento na alegação de que documentos oferecidos à Fiscalização não foram juntados aos autos.

Diante da requisição de diligência promovida pela autoridade julgadora de primeiro grau, ocasião em que foi dada à contribuinte oportunidade para trazer aos autos todos os documentos que julgasse necessário à comprovação dos seus argumentos de defesa, creio que essa questão tornou-se superada.

Adite-se que a não anexação de determinados documentos por parte da autoridade responsável pelo procedimento de diligência, foi amparada em argumento (desnecessidade em relação à compreensão e ao embasamento do lançamento) não contestado pela Recorrente.

DECADÊNCIA em relação aos fatos geradores ocorridos antes do mês de outubro de 1998. **ILICITUDE DAS PROVAS** relativas às informações prestadas pelos estabelecimentos bancários. **EQUÍVOCO NA INTERPRETAÇÃO DOS FATOS** por parte da autoridade fiscal (sustenta a Recorrente que forneceu vasta documentação que demonstra que a movimentação identificada não consistiu em faturamento seu, mas, sim, de terceiros). **AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA COMPROVAR A ORIGEM DOS RECURSOS UTILIZADOS NAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS.**



A reunião de tais argumentos se dá em virtude da conexão entre eles.

Releva esclarecer, em primeiro lugar, que a ação fiscal empreendida na Recorrente originou-se de procedimento levado a efeito no seu sócio-gerente, Sr. Fabrício Henrique de Souza.

Em resposta ao Termo de Início de Fiscalização (fls. 52/53), o Sr. Fabrício Henrique de Souza prestou os seguintes esclarecimentos:

...vem... em atendimento à Intimação datada de 31/03/2003, requerer a juntada dos documentos que comprovam a movimentação financeira questionada, sendo que esta deu-se por força dos contratos de serviços em anexo, para pagamento de despesas para cumprimento dos serviços contratados.

Ressalta, por oportuno, que inúmeros contratos da mesma natureza encontram-se em poder do Dr. Heber Renato de Paula Pires, por força da dissolução de sociedade litigiosa e que por este motivo não puderam ser acostados aos autos.

Intimado a comprovar a origem dos depósitos/créditos existentes em suas contas bancárias (Termo de Intimação Fiscal nº 003, fls. 59/60), o Sr. Fabrício Henrique de Souza requereu, em correspondências datadas de 08, 15 e 20 de outubro de 2003 (fls. 83/86 e 89/90), a juntada de documentos, os quais, segundo ele, comprovariam a movimentação financeira questionada.

Por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 004, cientificado em 15 de outubro de 2003, o Sr. Fabrício Henrique de Souza foi instado a informar quais as contas bancárias se referiam, de forma exclusiva, a movimento da empresa SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS.

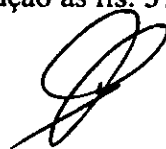
Em resposta ao Termo acima mencionado, o Sr. Fabrício Henrique de Souza informou que todas as contas relacionadas na intimação haviam sido movimentadas na atividade empresarial das empresas SOUZA & PIRES ASSESSORIA EMPRESARIAL e CONSULTORIA TRIBUTÁRIA e SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS (fls. 89/90).

Diante de tal informação, a ação fiscal foi direcionada, também, para a empresa SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS.

O Termo de Início de Fiscalização na SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS (fls. 258), ora Recorrente, foi recepcionado pelo Sr. FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA (fls. 259).

Como já referenciado, em conformidade com o CONTRATO SOCIAL da SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS (fls. 260/266), o Sr. FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA, além de ser o responsável pela empresa perante a Receita Federal, era, à época da ocorrência dos fatos, SÓCIO-GERENTE da sociedade (cláusula quinta).

Promovida a auditoria fiscal na SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS, foram imputadas pela autoridade fiscal as seguintes infrações (vide planilha de fls. 364 e folha de continuação do auto de infração às fls. 375):



1. OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE, correspondente aos recibos colhidos pela autoridade fiscal (PROVA DIRETA) – MULTA QUALIFICADA DE 150%;

FATO GERADOR	VALOR (R\$)
03/1998	53.257,11
06/1998	28.356,80
06/1998	69.730,71
06/1998	91.243,61
09/1998	198.071,09
09/1998	155.368,01
09/1998	66.634,72
12/1998	142.008,69
12/1998	131.681,67

2. OMISSÃO DE RECEITAS DECORRENTE DE DEPÓSITOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM – MULTA QUALIFICADA DE 150%.

FATO GERADOR	VALOR (R\$)
03/1998	10.898,45
06/1998	45.321,89
06/1998	2.599,01
09/1998	25.906,71
12/1998	10.229,46
12/1998	591,66
12/1998	175.537,24

3. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO – MULTA DE 75%.

FATO GERADOR	VALOR (R\$)
03/2000	3.437,50
06/2000	3.478,13
09/2000	3.654,38
12/2000	781,25

Esclareça-se que a Recorrente não contesta, no mérito, as infrações descritas nos itens 1 e 3 acima.

Na medida em que o Sr. FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA havia informado que a movimentação financeira em suas contas bancárias diziam respeito às empresas SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS e SOUZA E PIRES ASSESSORIA EMPRESARIAL E CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, e tendo a Fiscalização constatado que esta última não tinha tido movimentação financeira no período, o lançamento foi feito na SOUZA E PIRES ADVOGADOS ASSOCIADOS.

Os lançamentos tributários foram cientificados à contribuinte em 17 de novembro de 2003.

Clama a Recorrente pela declaração de nulidade dos lançamentos relativos aos fatos geradores ocorridos antes de outubro de 1998.

Para que se possa analisar a questão da caducidade do direito é necessário, antes, apreciar a procedência da multa qualificada aplicada, eis que, se mantida, o prazo que tinha a autoridade fiscal para efetuar o lançamento deve ser o previsto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, pois, como é cediço, na existência de dolo, a regra estampada no parágrafo 4º do art. 150 do mesmo diploma legal não opera.

Como descrito anteriormente, as infrações submetidas à qualificação da multa decorreram dos seguintes fatos: a) omissão de receitas derivada do confronto entre os recibos apresentados pela contribuinte e os valores sumetidos à tributação; e b) omissão de receitas decorrente da apuração de valores depositados ou creditados em conta bancária do sócio que, segundo afirmação feita por ele próprio, derivaram das atividades desenvolvidas pela Recorrente.

No primeiro caso, estamos diante de prova direta de omissão. No segundo, a omissão foi consubstanciada na movimentação bancária em conta de sócio.

Nos parece fora de dúvida de que, tanto em um caso, como em outro, resta evidente o elemento volitivo, deliberado, da Recorrente, de não submeter parcela das suas receitas à incidência tributária.

Observe-se que a Recorrente não traz aos autos qualquer argumentação capaz de justificar o não oferecimento à tributação dos valores apurados pela Fiscalização com base nos recibos colhidos. Quanto aos depósitos/créditos bancários que ela própria admite que lhes pertence, limita-se a informar que os valores movimentados não derivaram de receitas auferidas pela empresa e a levantar a possibilidade de ocorrência de vício na apuração dos montantes.

Diante desse quadro, imputo como correto o procedimento adotado pela autoridade fiscalizadora, vez que presentes os pressupostos autorizadores da aplicação da multa de 150%.

Nesse diapasão, afasto o argumento de caducidade do direito, eis que, observado o disposto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, a autoridade fiscal poderia efetuar os lançamentos até 31 de dezembro de 2003.



Tal entendimento subsiste, ainda que se admitisse que todas as exações tivessem período de apuração mensal, fato que não é verdadeiro para o Imposto de Renda e para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, cujos fatos geradores são trimestrais.

Entende a Recorrente que as provas obtidas junto aos estabelecimentos bancários são ilícitas, razão pela qual o lançamento não poderia estar baseado nelas, mas, sim, nas informações e documentos carreados aos autos.

Não lhe assiste razão.

Com efeito, não há que se falar em ilicitude na apuração do tributo com base em extratos bancários fornecidos por instituição financeira em atendimento à requisição específica, que atendeu aos mandamentos legais pertinentes.

Note-se que os atos praticados pela Fiscalização no sentido de acessar à movimentação bancária da Recorrente, encontram-se expressamente autorizados pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

Esclareça-se, por relevante, que o citado art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que, estabelecendo requisitos a serem observados pela autoridade fiscal, resguarda o sigilo das informações recepcionadas.

Nessa linha, constata-se que a autoridade autuante, amparada nas disposições do Decreto acima referenciado, fez remissão expressa ao art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, no Termo de Constatação Fiscal de fls. 94/97.

A meu ver, o referido dispositivo é hábil para servir de suporte ao acesso da movimentação bancária, vez que, em consonância com o inciso VII do referido dispositivo, tendo o contribuinte intimado informado que os valores que transitaram em suas contas bancárias diziam respeito a operações praticadas pela Recorrente, acabou por revelar conduta passível de ensejar representação criminal.

Afirma a Recorrente ter havido equívoco na interpretação dos fatos por parte da autoridade fiscal. Sustenta que forneceu vasta documentação que demonstra que a movimentação identificada não consistiu em faturamento seu, mas, sim, de terceiros.

Como bem salientou a autoridade responsável pelo procedimento de diligência (Termo de Encerramento, fls. 4.576/4.577), a documentação anexada pela Recorrente, em sua maior parte, diz respeito a dispêndios efetuados no desempenho de suas atividades.

No contexto do regime de tributação adotado pela Recorrente (LUCRO PRESUMIDO), carece de relevância tais documentos, eis que não influenciam na determinação das bases de cálculo das exações apuradas, e, à evidência, não se prestam para elidir a pretensão da Fazenda.

Ressalte-se que a anexação de documentos acima referida foi oportunizada pela autoridade de primeira instância, atendendo argumento da Recorrente no sentido de que ela detinha em seu poder vasta documentação que comprovava que os recursos que transitaram nas contas bancárias auditadas pertenciam a terceiros.



Sustenta a Recorrente que em momento algum foi intimada para esclarecer a origem e o destino dos recursos transitados nas contas bancárias.

Nessa linha, argumenta:

...

Em momento algum houve neste feito intimação para esclarecer origem e destino dos recursos transitados nas contas bancárias referidas, nem se alegue que as diligências na fase recursal supririam essa necessidade, pois não houve para consideração da base de cálculo as receitas oriundas da prestação de serviços, mas sim, a consideração da movimentação bancária e, como já dito, em desrespeito à ordem vigente.

Por certo que o Auditor entendeu que isso o representante legal da sociedade já o tinha feito no procedimento que fiscalizava o imposto de renda pessoa física.

Certamente sim, pois zeloso e respeitoso com seus deveres perante o Fisco. O fez, porém para demonstrar-lhe que esses recursos pertenciam à sociedade ora recorrente, mas não a título de faturamento e sim a título de recursos de terceiros.

É certo que a imputação de omissão de receitas que tenha por suporte a ausência de comprovação da origem dos recursos depositados ou creditados em conta bancária do contribuinte exige, como requisito de sua própria validade, que o beneficiário dos valores tenha sido regularmente intimado para prestar esclarecimentos acerca de tal fato.

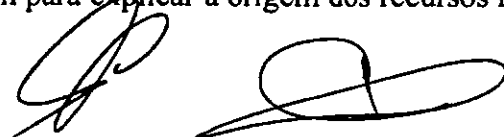
É certo, também, que a interpretação de tal norma deve ser cercada de determinados cuidados, sob pena de uma eventual ausência de um documento específico, revelador de uma simples inobservância de uma providência meramente formal, contribuir para a exoneração de um crédito tributário substancialmente legítimo.

No caso vertente, restou evidenciado que o Sr. Fabrício Henrique de Souza, titular das contas bancárias cujos depósitos/créditos serviram de base para parcela do crédito tributário constituído, não obstante só ter sido intimado de forma específica para prestar esclarecimentos acerca da origem dos recursos no procedimento fiscalizatório levado a efeito contra ele, prosseguiu, mesmo após a instauração da ação fiscal na Recorrente, respondendo aos questionamentos efetuados pela autoridade fiscal.

Nesse sentido, foi ele quem: a) tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização lavrado na Recorrente; b) afirmou que a citada movimentação pertencia à SOUZA E PIRES; e c) requereu a juntada de documentos que comprovariam a movimentação bancária questionada.

A Recorrente, por sua vez, já por ocasião da apresentação de sua peça impugnatória, sustentou não ter sido intimada a prestar esclarecimentos acerca da origem dos recursos movimentados, mas, por outro lado, procurou reunir documentação que, para ela, comprovaria que os recursos não lhes pertencia.

Subliminarmente, a própria Recorrente admite que lhe foi dada oportunidade para aportar documentos que contribuíssem para explicar a origem dos recursos movimentados



nas contas bancárias do seu sócio. Obviamente que, ao carrear aos autos volumosa documentação (representativa de cerca de vinte e um volumes adicionais), tinha a Recorrente a mais absoluta consciência do que lhe havia sido questionado, pois adotou tal providência sustentando que ali encontravam-se provas de que os recursos pertenciam a terceiros.

Não resta dúvida que o procedimento em debate (intimação regular do beneficiário dos recursos movimentados em conta bancária) representa corolário do princípio do direito de defesa, representando a sua inobservância cerceamento ao contraditório. No presente caso, entretanto, o que se constata é que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa da Recorrente, ao contrário, pois, como ela própria admite, a autoridade de primeiro grau, não obstante ter sido promovida intimação regular ao seu sócio-gerente, determinou a realização de diligência para que fossem trazidos aos autos todo e qualquer documento que comprovassem que os recursos movimentados em contas bancárias não tinham origem em receitas não escrituradas.

Diante desse quadro, entendo que a formalidade inobservada (ausência de intimação específica para que a contribuinte prestasse esclarecimentos acerca da origem dos recursos creditados/depositados nas contas bancárias do seu sócio) não tem o condão de tornar insubsistente o lançamento efetuado com base nos depósitos bancários.

Alega a Recorrente que não foram observadas, também, as disposições do art. 281 do RIR/99.

Quanto a isso, cabe esclarecer que, em conformidade com o conforme enquadramento legal descrito às fls. 375/377 do processo, o lançamento foi fundado nas disposições dos arts. 15 e 24 da Lei nº 9.249, de 1995; dos arts. 24 e 42 da Lei nº 9.430, de 1996; e arts. 224, 518 e 519 do RIR/99.

Não há que se falar, portanto, em inobservância das disposições do art. 281 do RIR/99.

Por fim, sustenta a Recorrente inexistir fundamento para aplicação da taxa SELIC.

No que diz respeito a essa questão, a matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme súmula nº 4, abaixo transcrita.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Assim, considerado todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de, acolhendo os embargos declaratórios interpostos, retificar a parte dispositiva do acórdão nº 105-16.288 (sessão de 28 de fevereiro de 2007) de NÃO CONHECER DO RECURSO para NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

WILSON FERNANDES GUIMARAES

Voto Vencedor

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator Designado

Divirjo do voto proferido pelo Eminentíssimo Relator, Cons. WILSON FERNANDES GUIMARÃES, na parte em que manteve a multa de lançamento de ofício qualificada de 150% e, por enxergar existente a fraude deslocou a contagem do prazo decadencial da regra do art. 150, § 4º para o regramento do art. 173, I, do CTN, e o faço pelas razões abaixo:

A própria Lei nº 9.430/96, no seu art. 44, inciso I, inclui a declaração inexata, ao lado da falta de declaração, da falta de pagamento, do pagamento fora do prazo sem o acréscimo da multa de mora, como hipótese em que a multa aplicável é de setenta e cinco por cento, dispondo:

“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;”

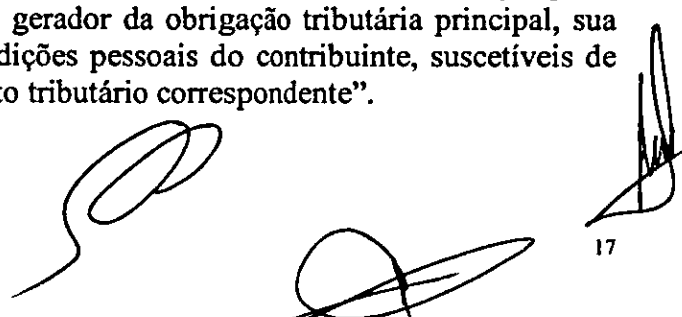
Para que as hipóteses apontadas no inciso I, inclusive a hipótese de declaração inexata, como passíveis da incidência da multa de setenta e cinco por cento passem a sofrer a incidência da multa de cento e cinquenta por cento, o inciso II exige a presença de evidente intuito de fraude, com a seguinte dicção:

“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”.

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, intuito é o firme desejo, o objetivo pensado, o resultado querido, a finalidade que se tem em mente quando se pratica o ato; e fraude é o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever.

Segundo o Dicionário Aurélio, evidente é o que não oferece dúvida, que se compreende prontamente, dispensando demonstração, claro, manifesto, patente.

Não satisfeito com os atributos já conferidos ao tipo, o legislador da Lei nº 9.430/96, para o seu fechamento, incorporou a definição dada pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que o conceitua como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento”, bem como “o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais e das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”.



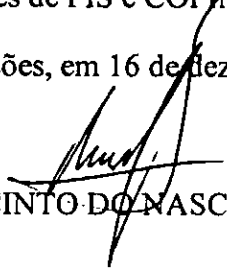
Assim, o dolo específico ou determinado, resultante da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa, descrito na Lei nº 4.502/64, integra o tipo de que cogita o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Na conduta da recorrente, consistente na prestação de declarações inexatas, não está presente o tipo previsto no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, subsumindo-se ela no tipo do inciso I, apenado com a multa de 75%.

Decorrentemente, inexistindo a fraude, o prazo decadencial a ser observado é o de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, de que cogita o art. 150, § 4º, do CTN.

Por tais fundamentos, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício ao percentual de 75% e acolher a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativa aos fatos geradores de IRPJ e CSLL ocorridos até o terceiro trimestre de 1998 e aos fatos geradores de PIS e COFINS ocorridos até o mês de outubro do mesmo ano.

Sala das Sessões, em 16 de dezembro de 2008.


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

