



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10950.000964/2002-42
RECURSO Nº : 130.862
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS – ANO-CALENDÁRIO DE 1998
RECORRENTE : CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA.
RECORRIDA : DRJ EM CURITIBA(PR)
SESSÃO DE : 14 DE MAIO DE 2003
ACÓRDÃO Nº : 101-94.196

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO. EXTRATOS BANCÁRIOS. PROVAS ILÍCITAS. DESVIO DE PODER. Os extratos bancários regularmente requisitados pela autoridade administrativa, com fundamento no artigo 11 da Lei Complementar nº 105/01, artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e artigo 8º da Lei nº 7.021/90, não podem ser taxados como provas obtidas de forma ilícita e nem com desvio de poder. A Lei Complementar nº 105/01 e Lei nº 10.174/01 tem aplicação retroativa face ao comando expreso no § único, do artigo 144, do Código Tributário Nacional.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CÓPIA DE PEÇAS DO AUTO DE INFRAÇÃO. O parágrafo único, do artigo 15 do Decreto nº 70.235/72, facultou ao sujeito passivo a vista dos autos no prazo para a impugnação e, portanto, a falta de entrega de todas as cópias dos documentos relativos ao movimento comercial e financeiro do sujeito passivo, apreendidos e anexados aos autos, não caracteriza cerceamento do direito de defesa porque os documentos de sua propriedade e de seu pleno conhecimento.

IRPJ. LANÇAMENTO. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS. A conta corrente em instituição financeira, em nome de esposa do sócio e posteriormente sócia da mesma pessoa jurídica, utilizada para pagamento de compras de mercadorias e depósitos de receitas desviadas da escrituração contábil, pode ser utilizadas para arbitramento das receitas omitidas, quando regularmente intimado, o sujeito passivo não comprova a origem dos recursos depositados, mediante documentação hábil e idônea, face ao estabelecido no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DE NÃO CONFISCO. O princípio estabelecido no inciso IV, do artigo 150, da Constituição Federal, diz respeito a tributos (impostos, taxas e contribuições) não se referindo as penalidades aplicáveis e tem como destinatário o Poder Legislativo para a elaboração de leis tributárias.

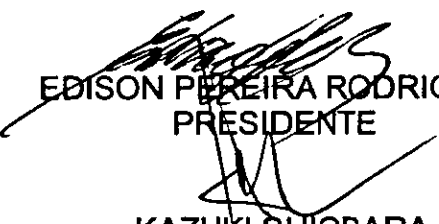
JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os juros de mora são devidos, qualquer que seja o motivo determinante da suspensão da exigibilidade, por medida judicial ou administrativa. A incidência de juros de mora, a taxa SELIC, sobre tributos e contribuições em atraso, está prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 que não foi julgado inconstitucional pelo Supremo

Tribunal Federal e nem suspensa a sua execução pelo Senado Federal.

Rejeitada a preliminar e negado provimento, no mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 16 JUN 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, RAUL PIMENTEL, PAULO ROBERTO CORTEZ, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

RELATÓRIO

A empresa **CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA.**, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob nº 77.934.503/0001-69, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba(PR), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

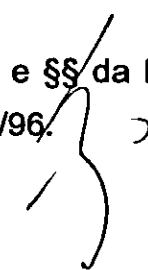
A exigência diz respeito aos seguintes impostos e contribuições:

TRIBUTOS	LANÇADOS	JUROS	MULTAS	TOTAIS
IRPJ	340.889,79	223.374,07	289.254,81	853.518,67
PIS/FAT	29.195,37	19.747,91	43.793,03	92.736,31
CSLL	142.600,82	93.499,32	125.069,26	361.169,40
COFINS	89.832,03	60.763,02	134.748,01	285.343,06
TOTAIS	602.518,01	397.384,32	592.865,11	1.592.767,44

Este crédito tributário foi calculado sobre lucro arbitrado com base na receita bruta conhecida e receita omitida, no período correspondente a 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 1998 e foi imputada a infração dos seguintes dispositivos legais para efeito de:

- Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica: artigo 47, inciso II, da Lei nº 8.981/95; artigo 16 da Lei nº 9.249/95 e artigo 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96.

- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; artigos 19 e 20 da Lei nº 9.249/95 e artigo 29 da Lei nº 9.430/96.



Outrossim, as demais contribuições exigidas nestes autos, a base de cálculo adotada foi a receita omitida e com infração dos seguintes dispositivos legais:

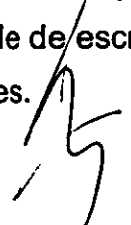
- PIS/FATURAMENTO: artigo 3º, alínea 'b', da Lei Complementar nº 07/70, artigo 1º, § único, da Lei Complementar nº 17/73; Título 5, Capítulo 1, Seção 1, Alínea 'b', itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142/82; artigo 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; artigos 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º da Medida Provisória nº 1.212/95 e suas reedições convalidadas pela Lei nº 9.715/98; artigos 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715/98;

- COFINS: artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91; artigo 24, § 2º da Lei nº 9.249/95.

As bases de cálculo apuradas pela fiscalização para cada um dos tributos já identificados, foram as seguintes:

FATO GERADOR	RECEITA BRUTA CONHECIDA (IRPJ/CSLL)	% MULTA	RECEITA OMITIDA (IRPJ/CSLL/PIS/COFINS)	% MULTA
31/03/1998	500.102,97	75%	237.963,21	150%
31/03/1998	559.209,84	75%	277.945,57	150%
31/03/1998	852.106,93	75%	236.614,60	150%
30/06/1998	651.093,15	75%	193.702,83	150%
30/06/1998	1.635.143,80	75%	613.243,68	150%
30/06/1998	1.332.070,54	75%	506.018,78	150%
30/09/1998	1.533.405,94	75%	544.281,05	150%
30/09/1998	1.181.059,06	75%	474.223,69	150%
30/09/1998	1.253.525,53	75%	433.621,06	150%
31/12/1998	1.021.060,50	75%	285.534,11	150%
31/12/1998	837.121,79	75%	316.744,63	150%
31/12/1998	981.871,83	75%	371.710,43	150%
TOTAIS	12.337.771,88	-	4.491.603,64	-

O arbitramento do lucro deu-se em virtude falta de contabilização da movimentação financeira da pessoa jurídica na conta corrente nº 0334-03410-89, da Agência Maringá Velho, do HSBS Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, em nome de PAULA VALÉRIA FANTIN KOJO SISTI e, também, em virtude de escrituração do Livro Diário, por partidas mensais, sem suportes em livros auxiliares.



O lucro foi arbitrado com base nas receitas brutas conhecidas e fornecidas pela escrituração comercial e fiscal e, também, com base nas receitas omitidas apuradas com base nos depósitos bancários efetuados naquela conta bancária não escriturada.

A autuada inaugurou o litígio, enfatizando a preliminar de nulidade de lançamento que estaria fundada em provas ilícitas obtidas pela fiscalização com a quebra do sigilo bancário e com abuso de poder e, também, a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de ampla defesa porque a autoridade lançadora não entregou cópias dos documentos subsidiários e constantes do processo administrativo fiscal juntamente com a cópia do Auto de Infração.

No mérito e quanto ao arbitramento de lucro, a impugnante não apresentou qualquer argumento para a defesa do procedimento adotada para apuração do lucro real e disse que apresentaria as provas posteriormente.

Na decisão de 1º grau, a exigência foi mantida em sua totalidade e a ementa da decisão foi redigida nos seguintes termos:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. Considera-se não impugnada a matéria que não houver sido expressamente contestada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%; a partir de 01/04/1995 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

NULIDADE. Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não se tratando das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, incabível falar em nulidade do lançamento fiscal.

PRAZO PARA APRESENTAR PROVAS À IMPUGNAÇÃO. Nega-se o pedido para a apresentação de outras provas documentais em face de já haver precluído o direito de fazê-lo e por não ter restado caracterizada qualquer das hipóteses previstas no § 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

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

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PROVA ILÍCITA. DESVIO DE PODER. *A obtenção de provas pelo Fisco junto à instituição financeira onde, por meio de conta-corrente de interposta pessoa a interessada fazia circular recursos destinados a cobrir parte de suas operações mercantis, não constitui violação às garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, nem quebra de sigilo, nem ilicitude, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente.*

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FERIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 5º, XXXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *É lícito à administração pública ressarcir-se dos custos relativos ao fornecimento de cópia dos documentos que instruem os processos, por meio de cobrança dessas cópias. O cerceamento do direito de defesa somente ocorre quando e se o sujeito passivo tiver prejudicado seu acesso ao processo fiscal, no qual encontram-se as informações que norteiam o lançamento a ser contestado.*

Normas de Administração Tributária

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. *Evidenciada a utilização de conta corrente bancária em nome de interposta pessoa pra movimentação de parte dos recursos da empresa, caracterizando o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, além de procurar impedir ou modificar a característica essencial do fato gerador do imposto, obtendo como resultado a redução do montante do tributo devido, materializa-se a hipótese prevista na Lei nº 4.502/ 1964, dando lugar à aplicação da multa qualificada.*

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. *O percentual de multa de lançamento de ofício de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, é determinado por lei, não cabendo a discussão de seu valor no âmbito administrativo, sendo que a proibição de confisco prevista na Constituição Federal aplica-se unicamente a tributo, e não à multa.*

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. *É incabível falar-se em irretroatividade*

da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

Assunto: Contribuição para PIS/PASEP

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

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

DECORRÊNCIA: *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.*

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

DECORRÊNCIA. *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.*

Lançamento Procedente.”

No recurso voluntário, de fls. 1012 a 1054, a recorrente insiste na preliminar de nulidade do lançamento fundado em provas ilícitas obtidas por quebra do sigilo bancário e que o § 3º, do artigo 11, da Lei nº 9.311/96 veda a utilização de informações fornecidas pelas instituições financeiras para cobrança de CPMF para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.

— Sustenta mais que a Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001 que facultou a Secretaria da Receita Federal a utilizar as informações fornecidas pelas instituições financeiras e relacionadas com a CPMF, não tem efeito retroativo e, portanto, não pode ser aplicada a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1998.

A recorrente enfatiza que a utilização de provas ilícitas configura desvio de poder e traz aos autos textos de doutrina que explicita a nulidade do ato baseado de desvio de poder.

Argüi, ainda, a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa pela não entrega de cópias dos documentos que instruíram o Auto de Infração.

Além disso, contesta a multa de lançamento de ofício que configura verdadeiro confisco e inobservância do princípio constitucional da capacidade contributiva e, ao final, contesta a cobrança de juros de mora pela taxa SELIC, argumentando que a referida taxa tem caráter renumeratório e contraria o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal e diversos artigos do Código Tributário Nacional e, especialmente, face à decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP 215881/PR, relatado pelo Ministro Franciulli Netto).

Na conclusão e pedido, a recorrente sintetiza o pleito nos seguintes termos:

*“... considerando que a quebra do sigilo bancário da recorrente foi requerida por autoridade incompetente para os do presente contencioso administrativo; considerando que o percentual das multas aplicadas gera efeito confiscatório vedado constitucionalmente; considerando que a taxa SELIC é imprestável para remunerar juros no âmbito tributário, conforme reiterada jurisprudência à respeito; considerando, finalmente, a vasta jurisprudência referida no corpo do presente petição, **REQUER** dignem-se Vossas Senhorias dar provimento ao presente recurso, ao efeito de declarar a nulidade do Auto de Infração epígrafado, em função dos vícios aduzidos, por ser medida de imperiosa JUSTIÇA.”*

Como se depreende do pleito, a recorrente não aduziu qualquer argumento quanto ao arbitramento de lucro sobre a receita bruta conhecida, em decorrência da desclassificação da escrituração contábil pela falta de escrituração da movimentação financeira contida na conta corrente nº 0334-03410-89, no HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, em nome de PAULA VALÉRIA FANTIN KOJO SISTI e, também, em virtude da escrituração por partidas mensais, sem suporte em livros auxiliares.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e inexistindo qualquer manifestação contrária da autoridade preparadora do processo administrativo fiscal relativamente a arrolamento de bens para garantia de instância (fl. 1066), deve ser conhecido pelo Colegiado.

PRELIMINARES SUSCITADAS

A recorrente suscitou preliminares de nulidade do lançamento face aos seguintes fatos: a primeira a de que o lançamento é nulo porque está fundada em provas obtidas de forma ilícita e com a quebra do sigilo bancário por pessoa incompetente para o mister e segunda porque entende ter havido cerceamento do direito de defesa pelo fato de a fiscalização não entregar a cópia dos documentos que instruem os Autos de Infração, quando do encerramento da auditoria.

A decisão recorrida examinou com muita acuidade e serenidade os argumentos expostos pela impugnante e não comporta qualquer crítica por parte deste Colegiado.

Entretanto, quanto à aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105, de 11 de janeiro de 2001 e Lei nº 10.174, de 10 de janeiro de 2001 que alterou a redação do artigo 11, § 3º, da Lei nº 3.711/96, relativamente a requisições de informações as instituições financeiras, o procedimento fiscal está amparada na legislação tributária e procedimental ou processual vigente.

estabelece: De fato, o § 1º, do artigo 144 do Código Tributário Nacional

"Art. 144 – O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador de obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º - Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros."

A redação do parágrafo transcrito é taxativa e nem comportaria maiores comentários, mas a decisão recorrida, com muita propriedade, aprofundou a análise e expôs no voto, o entendimento do Procurador da Fazenda Nacional publicado numa revista de credibilidade e de ampla divulgação.

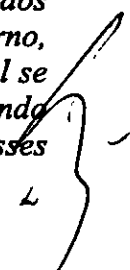
O entendimento exposto pelo Procurador da Fazenda Nacional está consoante com a melhor doutrina defendida pelos renomados especialistas em Direito Tributário.

O Professor Alberto Xavier examinou a natureza do lançamento em seu livro "Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário", Editora Forense – 2ª edição, páginas 54 a 56 e, entre outras considerações, expôs o seguinte:

"O lançamento é ato de aplicação da norma tributária material ao caso concreto; e por isso se distingue de numerosos atos regulados na lei fiscal que, ou não são em rigor atos de aplicação da lei, ou são atos de aplicação de normas instrumentais.

Tem sido controvertido na Teoria Geral do Direito e, em particular, na doutrina do Direito Tributário, o significado rigoroso da distinção entre normas materiais e normas instrumentais.

Para uns, como Pasquale Russo, seguindo Aldo Piras, as normas distinguir-se-iam conforme a natureza da situação jurídica subjetiva a que não origem e conforme o tipo de efeito jurídico produzido: as normas materiais criam diretamente direitos subjetivos e deveres jurídicos, representando uma tutela final dos interesses dos sujeitos; as normas instrumentais, por seu turno, são fonte de uma situação jurídica de poder, em relação à qual se depara uma mera posição de interesse legítimo, representando apenas uma tutela indireta, mediata ou instrumental dos interesses



em causa, cuja tutela só será obtida pelo exercício concreto do referido poder.

...
Para outros como Longobardi, a distinção entre normas materiais e instrumentais corresponderia fundamentalmente à classificação de Guicciardi entre normas de relação e normas de ação: as primeiras conteriam uma disciplina jurídica das relações entre a Administração e os particulares, enquanto as segundas se limitariam a regular a conduta da Administração, independentemente de uma relação jurídica.

...
Do nosso ângulo de visão interessa, sim, distinguir as normas que prevêm e regulam a obrigação tributária especificamente considerada, das normas que, não respeitando diretamente à estrutura e dinâmica daquele vínculo, regulam situações jurídicas que em relação a ele desempenham uma função instrumental. As primeiras, que constituem o núcleo do Direito Tributário, são as normas materiais, as segundas, as normas instrumentais. Com este sentido, a classificação identifica-se com a tradicional dicotomia traçada pela doutrina alemã entre o Direito Tributário material e o Direito Tributário formal, com a vantagem de, substituindo este último adjetivo, não lhes atribuir natureza procedimental ou processual sem uma mais desenvolvida investigação.

Como o significado que adotamos, as normas materiais podem, teoricamente e em abstrato, conceber-se quer como normas que criam diretamente direitos subjetivos e relações jurídicas, quer como normas que envolvem a mediação de um poder jurídico da Administração. Da mesma forma, as normas instrumentais, se as mais das vezes se configuram como normas de ação, relacionadas com o exercício de um poder e a existência de meros interesses legítimos, podem perfeitamente revestir a estrutura acabada de normas de relação.

A percuciente análise do Professor Alberto Xavier sobre o tema lançamento permite a percepção de que o caput do artigo 144 do CTN é uma norma material, mas o seu parágrafo 1º é norma instrumental de forma que o comando contido no caput não se estende para o seu parágrafo 1º.

Não é outro o entendimento exposto por outro estudioso do Direito Tributário o Professor Paulo de Barros Carvalho, no livro "Curso de Direito Tributário", Editora Saraiva – 15ª edição (2003), páginas 426/427, que concorda com a aplicação retroativa expressa no artigo 144, § 1º do CTN, quando expressa:

"Salientam os §§ 1º e 2º do art. 144 que a legislação que rege os critérios e métodos de fiscalização e apuração do crédito

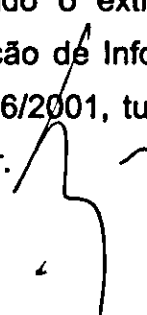
tributário, para fins de lançamento, pode ser posterior à ocorrência do fato jurídico do tributo, excepcionando as regras que outorguem maiores garantias ou privilégios ao crédito, no que concerne à atribuição de responsabilidade de terceiros. Disso se deduz que, quanto ao contribuinte, devem ser observadas, mesmo que introduzidas no direito positivo em tempo posterior ao evento que fez surgir a obrigação, ao ser relatado em linguagem competente. ”

No mesmo sentido, o Professor Ricardo Mariz de Oliveira tem manifestado em cursos e palestras que a Lei Complementar nº 105/2001, no concernente a quebra do sigilo bancário, aplica-se às fiscalizações levadas a efeito a partir da data de sua entrada em vigor, aplicando-se para os fatos geradores já ocorridos tendo em vista que diz respeito, apenas a novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Não há dúvida, pois, quanto à retroatividade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 que, a rigor repetem os comandos expressos no artigo 197 do Código Tributário Nacional, no artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964, que foi equiparado à lei complementar com o advento da Constituição Federal, de 1988, e, também, o disposto no artigo 8º da Lei nº 8.021/90.

Mesmo que a Lei Complementar nº 105/2001 não seja aplicável retroativamente, entendo que não ficou caracterizada a quebra do sigilo bancário e, portanto, não seria hipótese de prova ilícita que poderia acarretar a nulidade do lançamento.

De fato, a exagerada movimentação financeira correspondente a base de cálculo da CPMF foi detectada na conta nº 0334-03410-89, no HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo aberta em nome de PAULA VALÉRIA FANTIN KOJO SISTI e foi requisitado o extrato bancário daquela correntista, mediante emissão de RMF – Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira nº 0910500200100061-9, em 18/06/2001, tudo conforme autorização contida na lei e normas complementares em vigor.



A correntista Paula Valéria Fantin Kojo Sisti é esposa de Marcos Antonio Sisti que, no ano-calendário de 1998 detinha 50% do Capital Social da pessoa jurídica CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA., e no período de 01/02/2000 a 19/03/2001, participou da empresa com 50% do Capital Social enquanto que o seu esposo Marcos Antonio Sisti era detentor de outros 50% do mesmo Capital Social.

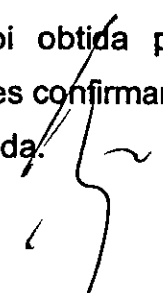
De posse dos extratos bancários, a fiscalização identificou os beneficiários dos cheques emitidos pela correntista Paula Valéria Fantin Kojo Sisti e procedeu-se a circularização a todos os beneficiários para prestar esclarecimentos sobre a natureza da operação.

Os beneficiários dos pagamentos informaram que os cheques foram dados em pagamentos de fornecimentos de mercadorias para a CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA., com identificação, inclusive das Notas Fiscais emitidas e que acompanharam as mercadorias até o destinatário/comprador.

Estas respostas dos fornecedores constituem provas inequívocas de que a conta corrente nº 0334-03410-89, no HSBC Bank Brasil S/A pertencia a pessoa jurídica CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA., e que albergava receitas omitidas pela mesma pessoa jurídica, justificando o arbitramento do lucro e imputação de omissão de receitas dos depósitos cujas origens não foram convenientemente esclarecidas pelo sujeito passivo.

A prevalecer a hipótese de que a Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 10.174/2001 não pode ser aplicada retroativamente, a única pessoa que poderia argüir a quebra do sigilo bancário é a correntista identificada: Paula Valéria Fantin Kojo Sisti e não a pessoa jurídica CEREALISTA FEIJÃO DE OURO LTDA.

A prova inequívoca de que os recursos financeiros movimentados naquela conta corrente pertenciam de fato a pessoa jurídica, foi obtida pela fiscalização, mediante circulares expedidas aos fornecedores e que estes confirmaram os pagamento pela vendas de mercadorias para a pessoa jurídica autuada.



Portanto, resta evidenciado que não houve quebra de sigilo bancário e as provas obtidas não são ilícitas e, por consequência, não se vislumbra o alegado abuso de poder da autoridade lançadora.

Por outro lado, desde o advento do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, era permitido o arbitramento de lucro com base na renda presumida, mediante utilização de sinais exteriores de riqueza e, posteriormente, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 ampliou os poderes da fiscalização para arbitramento de lucro com base nos depósitos bancários.

Quanto à outra preliminar de nulidade do lançamento em virtude de falta de fornecimento de cópias dos documentos que subsidiaram o Auto de Infração, a alegação não tem cabimento.

Todos os documentos que fazem parte do processo administrativo fiscal foram fornecidos pelo sujeito passivo ou tem origem em transações comerciais realizadas pelo mesmo.

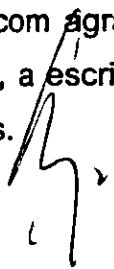
Além disso, os documentos foram anexados aos autos e o sujeito passivo tem direito à vista dos autos, na forma do parágrafo único do artigo 15 do Decreto nº 70.235/72. O cerceamento do direito de defesa só poderia ser alegado se a repartição preparadora do processo administrativo fiscal proibisse a vista dos autos.

Nestas condições, rejeito as preliminares suscitadas.

MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente não trouxe argumentos e nem esclarecimentos suficientes que possam comprometer a exigência formulada.

O arbitramento de lucro com base na receita bruta conhecida está correta porquanto a autoridade lançadora comprovou que o sujeito passivo mantinha movimentação financeira à margem da contabilidade e, com agravante de utilização de conta-corrente em nome de esposa do sócio e, ainda, a escrituração contábil era feita em partidas mensais, sem suporte em livros auxiliares.



Os dois fatos apontados pela fiscalização como elemento causador do arbitramento de lucro, não foram contestados pelo sujeito passivo que preferiu discutir apenas as preliminares.

Quanto ao arbitramento de lucro com base nas receitas omitidas, a autorização legal estava contida, inicialmente, no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90 onde a autoridade lançadora deveria demonstrar indícios de omissão de receitas mediante demonstração de sinais exteriores de riqueza ou consumo/dispêndio e que a recorrente transcreve a ementa do Acórdão nº 104-18.440, 08 de novembro de 2001 como introdução do recurso voluntário.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.430/96, a matéria passou a ser regida com seguinte redação:

“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 rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira;

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

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

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

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

Como se vê, desde o dia 1º de janeiro de 1997, quando a Lei nº 9.430/96 passou a ser aplicável, o critério de apuração das receitas omitidas passou a ser mais rigoroso e, portanto, o decidido no Acórdão nº 104-18.440, de 08/11/2001 ou no Acórdão nº CSRF/01-02.863/2000 (DOU de 14/12/2000), não serve como paradigma.

Registre-se, por oportuno, que a autoridade lançadora identificou **individualizadamente**, cada depósito na conta nº 0334-034-10-89, as fls. 147 a 169, e, ainda, excluiu os valores transferidos (fls. 726 a 729) da conta corrente escriturada na sua contabilidade para a mesma conta, para dar fiel cumprimento ao disposto no § 3º, do artigo 42, da Lei nº 9.430/96.

Nestas condições, sou pela manutenção do arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida e, também, sobre as receitas omitidas.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONFISCO.

Não procedem as alegações relativas ao caráter confiscatório da multa de lançamento de ofício.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 veda a utilização de tributos com caráter de confisco, mas consoante melhor doutrina esta vedação não tem alcance pretendido pela recorrente.

A vedação tem como objeto, literalmente, os tributos (impostos, contribuições e taxas) e não às penalidades aplicáveis, e o princípio tem como destinatário o Poder Legislativo para a elaboração de leis tributárias.

O Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, no seu livro Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 6ª edição – Editora Forense, na página 333, escreveu:

“No entanto, é bom frisar, o princípio de não-confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos como suportáveis, de acordo com a cultura e as condições de cada povo em particular, ao sabor das conjunturas mais ou menos

adversas que estejam passando. Neste sentido, o princípio de não-confisco se nos parece mais como um princípio de razoabilidade na tributação.

Tributação razoável. Eis a questão. O que é razoável hoje não o será amanhã. Não é a mesma coisa aqui, ali, alhures. Tema intrincado este, cuja solução terá que vir, e variando com o tempo e o modo, pelos Poderes Legislativo e Judiciário da República."

Este entendimento foi registrado nas lições do Professor Luciano Amaro no livro "Direito Tributário Brasileiro", Editora Saraiva, 6ª edição, 2001, na página 140, com a seguinte redação:

"Algumas situações são expressivas na caracterização do confisco; por exemplo, imposto que absorvesse toda a renda do contribuinte sem dúvida seria confiscatório; do mesmo modo, o tributo que tomasse parcela substancial do patrimônio do indivíduo. Mas qual seria o percentual a partir de que o imposto passa a ser confiscatório? Isso não está dito na Constituição. Haverá hipóteses, por outro lado, em que uma tributação severa se justifica por razões de política fiscal (como se dá com os tributos de fins extrafiscais).

O princípio de vedação de tributo confiscatório não é um preceito matemático; é um critério informador da atividade do legislador e é, além disso, preceito dirigido ao interprete e ao julgador, que, à vista das características da situação concreta, verificarão se um determinado tributo invade ou não o território do confisco."

No mesmo sentido, a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho, no livro "Curso de Direito Tributário", acima citado, na página 102, sintetiza a sua conclusão sobre o tema, nos seguintes termos:

"Intrincado e embaraçoso, o objeto da regulação do referido artigo 150, inciso IV, da CF, acaba por oferecer unicamente um rumo axiológico, tênue e confuso, cuja nota principal repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhes que existe limite para a carga tributária. Somente isso."

Como se depreende dos ensinamentos transmitidos pelos melhores tributaristas brasileiros, o princípio de não confisco alegado pela recorrente diz respeito apenas aos tributos e não às penalidades e tem como destinatário o Poder Legislativo para a elaboração de leis tributária.

Por outro lado, a falta de escrituração de compras que foram pagas com recursos desviados de sua contabilidade e depositados em conta-corrente de esposa do sócio e, posteriormente, sócia da empresa, caracteriza evidente intuito de fraude e justifica a aplicação da multa qualificada de 150% sobre o valor do tributo.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O Código Tributário Nacional estabelece:

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

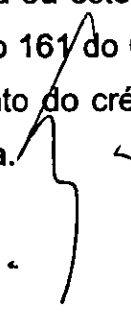
*...
§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”*

Tendo em vista que o Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica tem um vencimento previsto em lei, é evidente que se não for pago na data do vencimento, incide juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante da falta de pagamento visto que o Código Tributário Nacional só abre exceção para a hipótese de pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Por outro lado, o artigo 5º, do Decreto-lei nº 1.736/79 é mais específico quando determina:

“Art. 5º - A correção monetária e os juros de mora serão devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.”

O § 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96 diz respeito apenas à multa de mora e não há como aplicar a analogia ou estender os mesmos efeitos para os juros de mora porque de acordo com o artigo 161 do Código Tributário Nacional, somente a consulta formulada antes do vencimento do crédito tributário suspende a fluência de juros de mora até a solução da consulta.



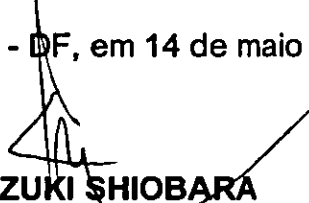
Quanto à incidência de juros moratórios à taxa SELIC, o procedimento está regulado pelo artigo 13 da Lei nº 9.065/95 que, por enquanto, não foi suspensa a sua execução por Resolução do Senado Federal e após a decretação a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, diz respeito à inaplicabilidade da taxa Selic, a título de juros de mora, nos casos de repetição de indébito que tem qualquer relação com o caso de cobrança de tributos e contribuições.

Nestas condições, a autoridade administrativa tem o dever de determinar fiel execução das leis vigentes no País, tendo em vista que exerce atividade vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 14 de maio de 2003


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR
