



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10980.007286/2005-34
Recurso nº	151.102 Voluntário
Matéria	IRPJ e Outros - Ex(s): 2003 e 2004
Acórdão nº	103-23.551
Sessão de	14 de agosto de 2008
Recorrente	ADRIANA DIAS HORTA ALBERNAZ (RESPONSÁVEL PELA VEGA DISTRIBUIDORA LTDA.)
Recorrida	1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2003, 2004

Ementa: **RETROATIVIDADE** – a Lei Complementar nº 105/01 e a Lei Ordinária nº 10.174/01, por ampliarem os poderes conferidos à fiscalização federal, aplicam-se ao ato de lançamento realizado após sua publicação, mesmo que este se reporte a fato gerador pretérito. Não há que se falar, nesta hipótese, em retroatividade de seus efeitos, pois tais efeitos são relativos aos fatos jurídicos procedimentais e não aos tributários, estes sim – e não aqueles – anteriores à vigência das referidas leis.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS – com o advento da Lei 9.430/96, a presunção de omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários adquiriu status legal.

PIS E COFINS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS – o depósito em conta-bancária sem comprovação de origem corresponde ao valor que legalmente configura presunção de omissão de receita, sobre a qual, no regime do lucro arbitrado, deve ser aplicado percentual legal com o fito de quantificar a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro. O mesmo procedimento não é adotado, contudo, em relação ao PIS e à COFINS, uma vez que suas bases de cálculo correspondem à própria receita.

MULTA QUALIFICADA – a qualificação da multa de ofício se justifica não só pela significativa omissão

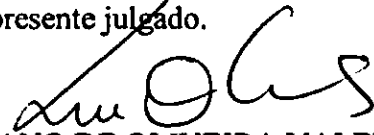
no registro de valores, mas principalmente pelo intento de ocultar o real sócio da pessoa jurídica.

INCONSTITUCIONALIDADE – Não compete a órgãos administrativos o controle de constitucionalidade de leis.

JUROS SELIC – os juros foram exigidos com base em expresse dispositivo legal, vale dizer, o art. 61, § 3º, combinado com o art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ADRIANA DIAS HORTA ALBERNAZ (RESPONSÁVEL PELA VEGA DISTRIBUIDORA LTDA.),

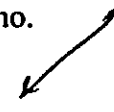
ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, REJEITAR preliminar de nulidade por erro de identificação do sujeito passivo suscitada de ofício pelo Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, vencidos este e os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Alexandre Barbosa Jaguaribe. Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de decadência e não conhecer das razões de recurso quanto à ausência de responsabilidade das demais pessoas físicas responsabilizadas, haja vista, neste último caso, a ilegitimidade da recorrente para tanto. No mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe e Rogério Garcia Peres(Suplente Convocado), que davam provimento parcial para reduzir o percentual da multa de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente


GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES
Relator

18 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Waldomiro Alves da Costa Junior, Carlos Pelá e Antonio Carlos Guidoni Filho.



Relatório

O procedimento de fiscalização, que ensejou o lançamento formalizado no presente feito, foi inaugurado contra a pessoa jurídica “Veja Distribuidora Ltda”, CNPJ nº 03.993.070/0001-86, conforme mandado de procedimento fiscal de fl. 02.

Ulteriormente foi redirecionado contra a Senhora Adriana Dias Horta Albernaz na condição de responsável tributária. Contra ela, foram então lavrados, relativamente aos anos-calendário de 2002 e 2003, autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro, PIS e Cofins, no montante total de R\$ 236.245,34, onde estão incluídos a multa qualificada no patamar de 150% e juros de mora.

Também foram erigidos como sujeitos passivos na condição de responsáveis solidários “Francisco Sales Dias Horta Neto” e “Ana Maria Alves”. Todos tomaram ciência da autuação, bem como apresentaram suas impugnações (fls. 181 a 203, 253 a 275 e 323 a 332).

Para maiores detalhes, abaixo tomo de empréstimo o relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau acerca das referidas peças de acusação e defesa:

Este processo trata de auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 132-137), Contribuição para o Programa de Integração Social (fls. 145-151), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (fls. 152-158), e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 138-144), mediante os quais foi lançado contra o sujeito passivo acima qualificado o crédito tributário total de R\$ 236.245,20, já incluídos os consectários, calculado até 30/06/2005 (fls. 04).

Os fatos que determinaram a feitura do lançamento – e que se encontram detalhados no Termo de Verificação Fiscal de Fls. 127-131 –, estão sintetizados a seguir.

Não logrando localizar a empresa Vega Distribuidora Ltda. em seu domicílio tributário declarado, a fiscalização diligenciou e obteve diretamente da Junta Comercial do Estado do Paraná cópia de seu contrato social e alterações, pelos quais apurou que a sócia-gerente da empresa desde sua constituição seria a senhorita Ana Maria Alves. Ocorre que, malgrado a realização de diligências, esta também não foi localizada no endereço constante dos aludidos documentos.

Regularmente intimada por meio de procuradores posteriormente nomeados (fls. 59 e 60), a empresa não apresentou os extratos de suas contas bancárias, razão pela qual estes foram solicitados e obtidos diretamente dos bancos depositários.

Tabulados os depósitos e créditos bancários, solicitou-se que a empresa comprovasse a origem dos recursos respectivos (fls. 62-76). Em 15/06/2005, a empresa informou que os depósitos decorriam de operações de venda de mercadoria (fls. 123). Por tal razão, implementou-se o lançamento a título de omissão de receitas, posto que a empresa não apresentou a escrituração contábil do período, e sua

situação no CNPJ era: "Cancelada por Extinção pelo encerramento da liquidação voluntária", desde 13/09/2002 (fls. 06/10).

Devido à não apresentação dos livros contábeis, o Fisco procedeu ao arbitramento do lucro da empresa.

A fiscalização apurou que a autuada, Sr^a. Adriana Dias Horta Albernaz, que não constava do quadro social da empresa, era sua verdadeira administradora por força de procuração pública (fls. 59), e proprietária assumida, conforme Termo de Declarações de fls. 97-98. Por essa razão, figura como autuada, na condição de responsável pelos débitos da empresa.

As pessoas que figuram como sócios da empresa são: Francisco Sales Dias Horta Neto, filho menor da autuada e por ela assistido no ato da constituição, e a senhorita Ana Maria Alves, que figura nos instrumentos societários como sócia-gerente. A ambos foi atribuída a responsabilidade solidária, conforme Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 165 e 169, por haverem propiciado o encobrimento da identidade da verdadeira administradora e proprietária da empresa.

Os enquadramentos legais constam dos campos respectivos de cada auto de infração.

Tendo sido cientificada do lançamento em 25/07/2005, a autuada apresentou, em 24/08/2005, a impugnação de fls. 181-203. A senhorita Ana Maria Alves, tendo sido cientificada do Termo de Sujeição Passiva Solidária no dia 25/07/2005 (fls. 172), apresentou, em 25/08/2005, a impugnação de fls. 323-332. O sócio Francisco Sales Dias Horta Neto, tendo sido cientificado do Termo de Sujeição Passiva Solidária no dia 25/07/2005 (fls. 174), apresentou, em 24/08/2005, a impugnação de fls. 253-275.

As alegações descortinadas pela impugnante Ana Maria Alves (fls. 323-332), em síntese, são as seguintes:

- que morava na cidade de Sete Lagoas (MG) onde, em 19/11/1985, começou a trabalhar na empresa Centro Óptico Industrial Ltda., pertencente ao pai da autuada, Adriana Dias Horta Albernaz. No final do ano de 1994, foi por esta contratada para trabalhar em suas empresas, primeiro em São Paulo, no ano de 1995 e, a partir de 1996, em Curitiba (PR). Não era registrada e seu salário correspondia a pouco menos de dois salários mínimos, com a promessa de progressão funcional. Somente em 03/11/1998 veio a ser registrada, mas em empresa do grupo diferente daquela em que efetivamente prestava serviços;

- em agosto de 2000, premida pelas circunstâncias e diante da pressão causada por assédio moral e coação psicológica, como meio de manter o emprego, acabou assinando o contrato social da empresa Vega Distribuidora Ltda. Todavia, jamais obteve qualquer vantagem pecuniária ou lucros, dividendos ou participações de qualquer natureza. Jamais teve sequer conhecimento do teor do referido contrato social, posto que os documentos eram sempre levados para que assinasse, rapidamente, no meio da jornada de trabalho. Da

mesma forma, outorgou poderes, por meio de procuração pública, para que a verdadeira proprietária administrasse a empresa;

- a Sra. Adriana Abreu Dias Horta já admitiu que é a verdadeira proprietária da empresa. Todavia, não é correto que existia, entre ela e a impugnante, vínculo de amizade. A verdadeira relação entre ambas sempre foi de patroa e empregada;

- apesar de assinar recibos de pró-labore, a impugnante jamais recebeu qualquer valor a esse título. Os extratos de sua conta bancária, trazidos à colação (fls. 342-367), revelam a modicidade dos valores movimentados. Afirma que vive modestamente, do seu salário, sendo que sequer conseguiu adquirir imóvel para residir;

- apesar de sua carteira de trabalho ter sido anotada várias vezes por empresas distintas, sempre foi funcionária de Adriana Dias Horta Albernaz. Logo, seria absurdo jurídico responsabilizar o empregado pelas dívidas tributárias do empregador;

- argumenta que, estando já positivada a identidade da verdadeira proprietária da empresa, não se justifica a manutenção de sua pessoa no pólo passivo, como responsável solidária;

- também argúi a nulidade do negócio jurídico materializado no contrato social, alegando vício em seu consentimento, posto que o teria assinado sob constante coação para manter o emprego;

- esclarece que abstém de se pronunciar quanto ao mérito, por desconhecer os fatos que deram origem ao lançamento, vez que não participava da administração.

As impugnações apresentadas pela autuada (fls. 181-203) e seu filho, Francisco Sales Dias Horta Neto (fls. 253-275), possuem idêntica redação e veiculam as alegações sintetizadas a seguir.

- em preliminar, argumentam que Francisco Sales Dias Horta Neto e Ana Maria Alves foram erroneamente eleitos responsáveis solidários dos débitos lançados. Peroram, também, que somente os sócios-gerentes podem ser responsabilizados de modo solidário pelo cumprimento de obrigações tributárias, sendo insuficiente a simples condição de sócio. Sustentam que no período de abril/2002 a setembro/2003 somente a autuada administrava a empresa. Por isso, não pode haver qualquer imputação de responsabilidade às duas pessoas aludidas.

- principiando o enfrentamento do mérito, tece uma série de alegações alusivas à violação do direito ao sigilo bancário e à necessidade de autorização judicial para a quebra desse sigilo. Também argúi violação do princípio da irretroatividade e da anterioridade, pela aplicação da Lei Complementar nº 105, de 2001;

- na seqüência, argumenta que a fiscalização considerou como renda valores que, na realidade, têm origem certa e não tributável. O primeiro grupo desses valores se refere a transferência entre contas da própria empresa, constantes da planilha de fls. 316-322. Sustenta que esses valores não podem ser tributados pelo IR, por terem origem em

simples transferência entre contas-correntes da mesma titularidade, sendo que a fiscalização informou que esses valores já teriam sido desconsiderados, o que não ocorreu, conforme planilha aludida;

- aduz, ainda, que teria sido cometido equívoco no demonstrativo de apuração das contribuições ao PIS e COFINS, posto que foi considerada como base de cálculo a totalidade dos depósitos. Argumenta que a base tributável não é representada pelo valor total dos depósitos bancários, porque tem despesas e custos a pagar. Por isso, não há como presumir como faturamento todo o valor depositado. Da mesma forma que ocorreu com o IRPJ e CSLL, também em relação ao PIS e COFINS deve ser arbitrado como base de cálculo apenas uma parcela dos depósitos bancários;

- na sequência da peça impugnatória, sustenta que a autuação com base em depósitos bancários apenas é legítima quando houver comprovação de que os valores depositados constituem-se rendimentos tributáveis; que a autoridade fiscal não pode exigir tributo arbitrariamente, sobre uma base de cálculo qualquer, presumindo ser esta rendimento tributável. Diz que o Fisco não pode basear a autuação fiscal exclusivamente em meras presunções;

- voltando seu inconformismo para a multa de ofício qualificada, argumenta que esta só é cabível quando haja evidente intuito de fraude, a qual não pode ser presumida; caso a fraude não seja patentemente comprovada, a multa de 150% não pode ser aplicada. Também argui o caráter confiscatório da multa de ofício qualificada;

- reportando-se aos juros lançados, argumenta que estes devem ser adequados à atual disposição do novo Código Civil, não excedendo a 12% (doze por cento) ao ano.

Tendo em vista a alegação de que “valores que correspondem à transferência entre contas correntes da mesma titularidade, estão sendo equivocadamente tributados”, por meio do despacho de fls. 418, os autos foram remetidos à origem para que, em diligência, fosse dada à contribuinte a oportunidade de comprovar, mediante extratos, a existências de outras contas de sua titularidade, das quais teriam provindo os valores a que se referiu.

A contribuinte foi intimada por duas vezes a comprovar a existência de tais contas, conforme se vê pelos documentos de fls. 423-440, todavia, não se manifestou.

Por meio da informação de fls. 443-444, o fiscal autuante esclarece que a contribuinte possuía, sob o mesmo número, uma conta corrente e uma conta de aplicação financeira. Por isso, as transferências por ele consideradas se operaram de uma para outra, conforme exemplifica. Também esclareceu que as transferências relacionadas nas planilhas de fls. 244-250 não se referem a transferências que provêm de contas bancárias da própria empresa Vega Distribuidora Ltda.

DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 450 a 462) negou provimento à defesa, conforme ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

Ementa: SOLIDARIEDADE. SOCIEDADE DE APENAS DUAS PESSOAS, SENDO UMA DELAS APARENTEMENTE 'LARANJA'.

Respondem solidariamente pelas obrigações tributárias geradas no empreendimento as pessoas que aceitaram voluntariamente constituir em seus nomes a empresa, ainda que alegadamente para acobertar atividades de terceiros que permanecem ocultos, com o objetivo evidente de fugir ao recolhimento de tributos.

SIGILO BANCÁRIO. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 6º DA LC Nº 105, DE 2001.

É possível a aplicação imediata do art. 6º da LC 105/2001, porquanto trata de disposição meramente procedimental, sendo certo que, a teor do que dispõe o art. 144, § 1º, do CTN, revela-se possível o cruzamento dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos em face do que dispõe o art. 1º da Lei 10.174/2001, que alterou a redação original do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96.

TRANSFERÊNCIA DE OUTRA CONTA DA MESMA TITULARIDADE.

Para que sejam excluídos da base de cálculo recursos alegadamente transferidos de conta bancária da mesma titularidade, deve o contribuinte comprovar a existência dessa outra conta bancária.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Exteriorizada na conduta do contribuinte a inequívoca intenção dolosa de furtrar-se ao recolhimento de tributos, aplica-se a multa de ofício qualificada de 150%.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, o que restar decidido relativamente ao lançamento matriz.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Todos os três sujeitos passivos tomaram ciência da decisão de primeiro grau, conforme atestam os avisos de recebimento de fls. 479 a 481, mas só a Senhora Adriana Dias Horta Albernaz apresentou recurso voluntário.

O recurso foi juntado às fls. 482 a 514. No entanto, podemos constatar que se refere ao processo de nº 10980.010956/2005-08.

Em contrapartida, no referido processo, nas suas fls. 1.216 a 1.239, consta um recurso voluntário dirigido a este feito (nº 10980.007286/2005-34). Em síntese, os recursos voluntários dirigidos aos dois processos foram invertidos pela autoridade preparadora.

O fato de a mesma turma de julgamento, numa mesma data, ter proferido decisões em ambos processos, as quais foram cientificadas ao sujeito passivo também simultaneamente, levou a necessidade de a defesa promover dois recursos voluntários, cada um dirigido a uma autuação. Em razão disso, por equívoco, a autoridade preparadora inverteu a juntada. O recurso relativo a este processo foi juntado ao de número 10980.010956/2005-08, enquanto o recurso daquele foi aqui anexado.

Os recursos são similares, mas guardam algumas diferenças entre si. Trazem algumas poucas alegações que não guardam pertinência com o processo nos quais foram incorretamente juntados.

Assim, passo a relatar as alegações constantes do recurso voluntário relativo a este feito, mas que está juntado às fls. 1.216 a 1.239 do processo nº 10980.010956/2005-08.

Preliminarmente

Aduz que os demais sócios – “Francisco Sales Dias Horta Neto” e “Ana Maria Alves” – devem ser excluídos do pólo passivo da autuação. Segundo seu entendimento, a responsabilidade atribuída aos referidos sócios com base nos artigos 134 e 135 do CTN se caracteriza no caso de administração. No entanto, ficou caracterizado que quem administrava era apenas a Senhora Adriana Dias. Os dois não praticavam efetivamente a gerência da empresa.

Mérito

Alega que houve violação do direito ao sigilo bancário em razão de os extratos terem sido obtidos sem amparo judicial.

Também não poderia ser aplicada retroativamente a Lei nº 10.174/01, que revogou a vedação ao uso dos dados da CPMF, nem a Lei Complementar nº 105/01 que autoriza a quebra do sigilo bancário. Para sustentar suas razões sobre esse tema, colaciona acórdãos do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recurso Fiscais, bem como trechos doutrinários.

Aduz que a autuação com base exclusivamente em depósitos bancários é ilegítima por se caracterizar como mera presunção. Competiria à autoridade exaurir todas as possibilidades de busca da verdade real. Também traz à baila doutrina jurídica para corroborar sua posição.

Afirma que valores transferidos de outra conta-corrente foram indevidamente considerados na base de cálculo da autuação, conforme demonstrado em planilha apresentada na impugnação.

Em relação ao PIS e à COFINS, não pode prevalecer o entendimento de que todo o valor depositado corresponde a faturamento. Ao menos, assim como foi procedido em relação ao IRPJ e à CSLL, deveria ser adotada como base da autuação apenas uma parcela do montante depositado.

É inaplicável à multa no patamar de 150%, uma vez que não se caracterizou o evidente intuito de fraude; a fraude não pode ser presumida. Ademias, o patamar de 150%

torna a multa confiscatória, o que viola expresse princípio constitucional previsto no art. 150, inciso IV.

Por derradeiro, os juros devem ser limitados ao nível de 12% ao ano, conforme previsão do art. 406 do Código Civil.

Posteriormente, a recorrente junta ainda a peça de fls. 517 e 518 com o fito de trazer ao conhecimento da autoridade julgadora acórdão emanado por esta mesma 3ª Câmara do Primeiro Conselho, o qual decidiu ser ilegítima a aplicação retroativa da lei que revogou a proibição de utilização dos dados da CPMF.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'S' followed by a diagonal stroke.

Voto

Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, Relator

Preliminar

Responsabilidade dos demais sócios.

No que se refere à responsabilidade atribuída aos demais sócios, considero que a Sra. Adriana Dias não está legitimada a defendê-los. Para tal, deveria estar regularmente constituída como procuradora.

Assim, não tomo conhecimento das razões apresentadas no recurso voluntário em relação a esse ponto e considero que a responsabilidade e, portanto, a sujeição passiva estão definitivamente estabelecidas em âmbito administrativo para os que não apresentaram recurso voluntário de próprio punho ou por meio de representante constituído, isto é, o Sr. Francisco Sales Dias Horta Neto e a Sra. Ana Maria Alves.

Mérito

Violação do sigilo em face de não ter havido autorização judicial para acessar dados bancários

Em relação à alegada violação do sigilo de dados em razão de não haver autorização judicial para acesso às informações bancárias, deixo de tomar conhecimento dos argumentos trazidos pela defesa, uma vez que, para tal, necessária seria a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 – atividade de controle reservada a outro Poder. Órgãos de julgamento do Executivo não podem usurpar competência privativa estipulada pela Constituição Federal ao Judiciário, o que está inclusive assentado na Súmula 1º CC nº 2:

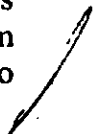
O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Retroatividade da Lei nº 10.174/01 e da LC 105/01.



A nova redação da Lei 9.311/96, atribuída pela Lei 10.174/01, faculta ao Fisco Federal utilizar as informações acerca da CPMF para “para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente”. Ela, como se pode facilmente verificar, não cria nova hipótese de incidência. Aliás, o diploma não inova o ordenamento nem sequer como hipótese presuntiva – o que seria também desnecessário. A presunção legal de omissão de receita em função da não comprovação da origem de depósitos bancários está prescrita na Lei 9.430/96, que é anterior aos fatos aqui analisados.

Em Direito Tributário, realmente a norma que se aplica é aquela em vigor na data do fato gerador, mas – se faça aqui a especificação – a que estabelece os elementos eidéticos do tributo, tais como sujeito passivo, base de cálculo, alíquota, dentre outros; em suma, a que caracterize tributo novo. Não é o caso das normas que deram suporte ao



procedimento – a Lei 10.174/01 e a Lei Complementar nº 105/01, que atribui ao Fisco o Poder de requisitar informações bancárias. Elas não estabelecem nova hipótese tributária, não criam imposto sobre fatos outrora não alcançados, apenas introduzem novo meio de prova de fatos já juridicizados pela regra impositiva sobre a renda. Como são normas de prova – norma processual ou procedimental, portanto – aplicam-se à época da realização do procedimento, ou seja, do lançamento. Não há, no caso, qualquer violação do princípio constitucional da irretroatividade pelo simples fato de que as normas não foram aplicadas retroativamente.

Aliás, esse entendimento já objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça, como no recente julgado no REsp 675293 / PE, em 27/05/2008, cuja ementa abaixo reproduzimos:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA LANÇAMENTO DE OUTROS TRIBUTOS – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – PERÍODO ANTERIOR À LC N. 105/2001 – APLICAÇÃO IMEDIATA – RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º, DO CTN – PRECEDENTES DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. É possível a aplicação imediata do art. 6º da LC n. 105/2001, porquanto trata de disposição meramente procedimental. Pelo disposto no artigo 144, § 1º, do CTN, revela-se possível o cruzamento dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos em face do que dispõe o art. 1º da Lei n. 10.174/2001, que alterou a redação original do art. 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96.

2. Não há ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar n. 105/2001, bem como a Lei n. 10.174/01, não instituem ou majoram tributos, mas apenas dotam a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

3. Não existe direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, pois enquanto não extinto o crédito tributário a autoridade fiscal tem o poder-dever vinculado de realizar o lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal. Precedentes: REsp 685.708/Fux; REsp 701.996/Zavascki; Resp 985.432/Humberto Martins, REsp 628.116/Meira; AgRg no Resp 669.157/Falcão; REsp 691.601/Calmon.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Autuação exclusiva em depósitos bancários seria ilegítima (mera presunção). A autoridade deveria exaurir todos os recursos.

A defesa se assenta também na alegação de ilegitimidade da presunção realizada pela autoridade. Nada obstante, ela é esteada em expresso texto legal.

É importante citar que a jurisprudência rejeitava a presunção de omissão de renda calcada exclusivamente em depósitos bancários, mas com relação a períodos anteriores a 1996. De 1997 em diante, o entendimento que deve prevalecer é outro. A edição da Lei 9.430/96, trouxe em seu artigo 42 a presunção legal de omissão de rendimentos a partir de

créditos em contas-correntes bancárias de origem não comprovada. Na dicção cristalina do texto positivo, assim se estabelece:

“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”.

Ora, não há que a autoridade aprofundar investigação alguma, nem exaurir outros meios de prova, uma vez que se trata de presunção expressa em diploma legal. E sempre vale recordar o que dispõe o art. 334 do Código de Processo Civil:

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

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

Em suma, a omissão de receita é presumida em face dos depósitos e, por força dela, deve ser constituído o respectivo crédito tributário.

Transferência entre contas da mesma titularidade

Em relação à alegação de que a autoridade fiscal não excluiu valores relativos a transferência entre contas da mesma titularidade, antes merece destaque que, apesar de a autuação ter sido promovida contra a Senhora Adriana Dias Horta Albernaz, como responsável pela empresa “Vega Distribuidora Ltda” em ambos os processos (nº 10980.007286/2005-34 e 10980.010956/2005-08), foram realizados dois procedimentos em razão de haver “duas empresas”. O processo nº 10980.007286/2005-34 alcança o CNPJ nº 03.993.070/0001-86 (conforme MPF de fl. 02), enquanto o processo nº 10980.010956/2005-08 alcança o CNPJ nº 02.527.246/0001-41 (conforme MPF de fl. 03 daquele processo).

Assim não há coincidência de anos-calendário sobre uma mesma pessoa jurídica. Também as bases de autuação são diversas, uma vez que se estearam em depósitos promovidos em contas-correntes bancárias diferentes.

Poderia, porém, ser aventada a hipótese de haver valores transferidos da conta-corrente de um CNPJ para a relativa de outro, e que ambos os números de registro se referem a uma mesma empresa, o que não teria sido considerado pela autoridade fiscal, em razão de os dois procedimentos terem sido realizados por equipes de fiscalização diferentes.

No entanto, isso não foi alegado pela defesa e muito menos provado. Suas alegações são vagas e imprecisas em relação a esse ponto. Não aponta, por exemplo, – o que seria essencial – de quais contas-correntes bancárias de sua titularidade teriam provindo os depósitos. Aliás, aparenta que a defesa simplesmente elencou todos os valores, cujo histórico nos extratos apresenta a expressão “Transf. entre Ag”. Isso não significa que tenham sido transferência de contas da sua titularidade.

PIS e Cofins – base de cálculo

Quanto ao lançamento de PIS e de COFINS, cumpre-me esclarecer que sua base de cálculo é diferente da relativa ao IRPJ e CSLL. A base das duas primeiras contribuições é a receita, enquanto a dos outros dois tributos é o lucro. Os depósitos bancários não comprovados, na pessoa jurídica, presumem omissão de receita, mas não de lucro. Assim, em relação ao PIS e à COFINS, tais contribuições são aferidas pela aplicação direta das suas respectivas alíquotas sobre o valor apurado de depósitos não comprovados, pois estes presumem diretamente o montante de sua base de cálculo.

Já em relação ao IRPJ e à CSLL, no caso dos valores omitidos serem muito superiores aos registrados pela sociedade, o lucro seguramente não corresponderá ao montante da receita, pois é evidente que a sociedade também tem despesas. Nesse caso, deve a autoridade fiscal arbitrar o lucro com base no percentual legal sobre a receita conhecida.

É por esse motivo que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL não corresponde matematicamente à integralidade dos depósitos, mas apenas a uma parcela, enquanto a base de cálculo do PIS e da COFINS abarca a totalidade dos créditos bancários não comprovados.

Multa qualificada e presunção. Fraude deveria ser provada

A alegação de não se poder aplicar a multa no patamar de 150%, uma vez que fraude deve ser comprovada e não pode se caracterizar por mera presunção, é totalmente descabida no presente caso.

Com relação à multa qualificada para o patamar de 150%, ela se perfaz pelo elemento subjetivo da prática delitiva, pela intenção, pelo querer praticá-la; seja a do tipo comissiva, seja a omissiva.

É evidente que não é dada à condição sensorial humana a aptidão de penetrar a consciência alheia. A aferição de se um sujeito quis ou não praticar essa ou aquela conduta deve ser promovida pelas próprias circunstâncias.

É razoável se acreditar que alguém possa ter matado outrem acidentalmente se houve apenas um disparo. No entanto, se foram promovidos vários tiros à “queima roupa”, todos na cabeça da vítima, as circunstâncias da conduta levam à conclusão de que o agir foi intencional: o autor quis disparar e para matar!

O mesmo se pode dizer aqui. Se houvesse poucos depósitos, mesmo após o encerramento da empresa, poderia pairar dúvidas acerca da intenção do agente de se esquivar da tributação. No entanto, além dos valores serem significativos e se perpetrarem por longos períodos, houve a ação premeditada de se ocultar o verdadeiro sócio da entidade, qual seja, a Sra. Adriana Dias, mediante interpostas pessoas na condição de sócios formais.

Dessarte, está plenamente comprovada a intenção, o aspecto doloso, de se evadir ilicitamente da exação tributária, o que determina a aplicação da multa qualificada no patamar de 150%.

Multa confiscatória

No que se refere ao alegado carácter confiscatório do patamar sancionador, os argumentos trazidos pela defesa são de índole constitucional. Buscam afastar multa expressamente prevista em lei com base em preceito previsto na Constituição Federal, o que não é da competência deste Órgão Julgador, conforme estipulação da Súmula nº 2:

“Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Juros

A defesa afirma que os juros devem ser limitados ao percentual de 12% ao ano em razão da aplicação do art. 406 do Código Civil. Pois bem, vejamos sua redação:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Não são necessários maiores comentários, nem esclarecimentos, para se consignar que o citado dispositivo legal não prescreve o que alega a defesa. Aliás, esse artigo nem sequer regula relações jurídico-tributárias, mas sim aquelas submetidas ao regime de direito privado.

Os juros moratórios em matéria tributária federal são disciplinados, nos anos-calendário objeto da autuação, pela Lei nº 9.430/96, cujo art. 61, § 3º, combinado com o art. 5º, § 3º, estipulam a aplicação da taxa SELIC. Abaixo reproduzimos os citados dispositivos:

Art. 5º. [...]

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

[...]

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

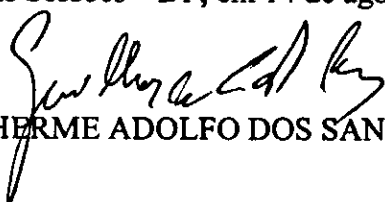
[...]

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

Dessarte, nada a que se reparar ao procedimento da autoridade lançadora, ratificado pelo julgamento recorrido, que aplicou juros à taxa SELIC.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões – DF, em 14 de agosto de 2008


GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES

/