



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo n°	11080.002488/2004-15
Recurso n°	150.958 Voluntário
Matéria	IRPJ e OUTROS - EXS.: 2000,2001,2002
Acórdão n°	108-09.300
Sessão de	26 DE ABRIL DE 2007
Recorrente	MARISA GUZINSKI E CIA. LTDA.
Recorrida	5ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

IRPJ. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM OMISSÃO DE RECEITAS. - Não se comprovando mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos depositados em conta bancária, configurada se encontra uma das presunções de omissão de receitas.

IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – FORMA DE APURAÇÃO DE RESULTADO – O arbitramento do lucro não é penalidade, sendo apenas mais uma forma de apuração dos resultados. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, prevê a incidência do IRPJ sobre três possíveis bases de cálculo: lucro real, lucro arbitrado e lucro presumido. A apuração do lucro real parte do lucro líquido do exercício que ajustado fornece o lucro tributável. Na apuração do lucro presumido e do arbitrado seu resultado decorre da aplicação de um percentual, previsto em lei, sobre a receita bruta conhecida, cujo resultado já é o lucro tributável.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Sobre os créditos apurados em procedimento de ofício cabe a exasperação da multa quando o contribuinte, sistemática e intencionalmente, omitiu receitas à tributação, de janeiro de 1999 a dezembro de 2001, tipificando a hipótese de incidência do artigo 1º, inciso I da Lei 8137/1990, sendo aplicável a multa do inciso segundo do artigo 44 da Lei 9430/1996.

JUROS SELIC. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. No julgamento administrativo não cabe o questionamento de

ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa Selic pois a apreciação desta matéria é exclusiva do Poder Judiciário. O julgador administrativo está sujeito ao estrito cumprimento da lei.

LANÇAMENTOS DECORRENTES CSLL, PIS, E COFINS. No caso de manutenção do lançamento do IRPJ, devem ser mantidos os lançamentos decorrentes, eis que interligados.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MARISA GUZINSKI E CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Margil Mourão Gil Nunes (Relator) e Orlando José Gonçalves Bueno, que acolhiam a decadência até o mês de abril de 1999 e davam parcial provimento para reduzir a multa para 75%. Designada a Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro para redigir o voto vencedor.



JOSÉ HENRIQUE LONGO

Vice-Presidente no Exercício da Presidência

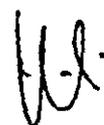


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO

Relatora Designada

FORMALIZADO EM: 23 MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nelson Lósso Filho, Karem Jureidini Dias, José Carlos Teixeira da Fonseca e Márcia Maria Fonseca (Suplente Convocada).



Relatório

A empresa Marisa Guzinski e Cia. Ltda recorre à este Conselho contra o Acórdão DRJ/POA n.º. 6.211 de 10 de agosto de 2005, doc.fl.s. 1644/1659, onde a Autoridade Julgadora “a quo” considerou procedente em parte a exigência tributária, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

“PAF. RMF. NULIDADE. DESCABIMENTO. Os requisitos formais estabelecidos pelo Decreto 3.724/2001 são indispensáveis para requisição às instituições financeiras dos extratos bancários, não se aplicando à entrega espontânea daqueles documentos pela própria fiscalizada. Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001.

DEPÓSITO BANCÁRIO. A existência de depósito bancário não contabilizado e cuja origem não foi comprovada configura presunção de omissão de receita não elidida pela interessada. Comprovado que os recursos pertencentes à autuada e depositados em contas mantidas junto a terceiros, desta devem ser exigidos os correspondentes tributos.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

ARBITRAMENTO. Arbitra-se o lucro em face da existência de receitas omitidas constantes de contas bancárias não contabilizadas superiores a mais do que o dobro do montante das receitas declaradas pelo SIMPLES.

MULTA QUALIFICADA. A multa de ofício de 150% é devida nos casos em que for comprovado o evidente, intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64. A utilização de conta bancária em nome de outra pessoa jurídica e/ou sócios da autuada, para omitir a percepção de receitas, caracteriza a prática de ação dolosa tendente a impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto ou da contribuição, de modo a evitar o seu pagamento, sendo cabível, nesses casos, a aplicação da multa agravada. Também concorre para isso a sistemática omissão de receitas decorrente desse tipo de operação.

H.L.

JUROS MORATÓRIOS - A incidência de juros calculados com base na taxa SELIC está prevista em lei, que os órgãos administrativos não podem se furtar a aplicar.

INCONSTITUCIONALIDADES - Quando o contribuinte entende-se prejudicado por lei vigente que increpa de inconstitucional, só lhe resta a via do Poder Judiciário para reclamar seu pretense direito, pois falece competência à autoridade administrativa para apreciação de inconstitucionalidade de lei, cabendo-lhe apenas a catar e fazer cumprir seus ditames.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - CSLL- COFINS - PIS - solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se aos demais lançamentos decorrentes quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático. Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001."

Os Autos de Infração de IRPJ e os decorrentes da CSLL, PIS e COFINS, doc.fl.s.1.406/1.453, foram lavrados em 29/04/2004, com ciência ao sujeito passivo por via postal em 06/05/2004, doc.fl.s.1.470, tendo o fisco apurado irregularidades nos anos calendários 1999, 2000 e 2001, assim tituladas:

IRPJ 001 - Depósitos Bancários não Contabilizados; Depósitos Bancários de origem não comprovada, e 002 - Receitas Operacionais (Atividade não imobiliária); Revenda de Mercadorias.

PIS 001 - Falta/Insuficiência de recolhimento do PIS e 002 - PIS sobre omissão de receita.

COFINS 001 - Falta/Insuficiência de recolhimento da COFINS, e 002 - COFINS - omissão de receita.

CSLL 001 - CSLL sobre Lucro Arbitrado, e 002 - CSLL sobre omissão de receita.

Segundo consta do Relatório da Ação Fiscal, doc.fl.s.1.395/1.405, houve busca e apreensão de documentos no estabelecimento; a fiscalizada optou pela tributação com base no SIMPLES declarando como receita bruta no ano calendário 1999 o valor de 496.622,95 e no ano calendário 2000 o valor de R\$620.720,76; a fiscalizada utilizava para sua movimentação as contas bancárias de Marisa Guzinski & Cia. Ltda (Banco do Brasil), e contas conjuntas de Fernando Jose Guzinski e Maria Ione Guzinski (Banco do Brasil e Banco Itaú) e para a movimentação de outras empresas (Zilma Catarina Mallmann & Cia. Ltda e Madrigal Administração e Participações Ltda.) e do Sr. Fernando José Guzinski.

Consta ainda que a fiscalizada foi intimada a comprovar a origem dos valores creditados nas contas correntes, inclusive aqueles que seriam relativos as outras empresas (Madrigal Administração e Participações Ltda. e Zilma Catarina Mallmann & Cia. Ltda.), e em resposta trouxe 68 (sessenta e oito) declarações assinadas por moças que freqüentavam a boate e teriam recebido valores de clientes em retribuição por serviços; que houve a prática reiterada

fls.

de infração à legislação tributária em face a disparidade entre os ingressos de recursos nas empresas (créditos e depósitos efetuados) e as receitas escrituradas em sua contabilidade, não sendo possível quantificar quais créditos corresponderiam às atividades de cada uma das empresas, tendo a fiscalização dividido os créditos entre as empresas, proporcionalmente às receitas contabilizadas; houve a falta de escrituração ou registro a menor de notas fiscais de compras de mercadorias (fls.1103/1145).

O arbitramento do lucro foi motivado expressiva movimentação financeira à margem da contabilidade, a inviabilidade de determinação do lucro real, tendo a empresa sido excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA no. 20 de 28/04/2004 por excesso de receita a partir do ano calendário 1999.

Foi aplicada a multa de ofício em 75% para as infrações caracterizadas como revenda de mercadorias declaradas e de 150%, qualificada, para a omissão de receitas por depósitos bancários não comprovados.

Cientificada da decisão de primeira instância em 31 de agosto de 2005, doc.fls.1.666, e novamente irresignada, apresentou seu recurso voluntário em 28 de setembro de 2005, doc.fls.1.669/1.709, com os seguintes argumentos, em síntese:

Que não basta ao fisco a verificação de movimentação bancária, devendo comprovar que tais valores foram consumidos efetivamente como renda, para que possam estar evidenciados os sinais exteriores de riqueza, o que não ocorreu.

Que a recorrente comprovou que os valores pertenciam a terceiros.

Que não houve a omissão de receitas, eis que trocava cheques de seus clientes por dinheiro vivo, dinheiro que não ficava com a empresa, mas pertenciam às “moças” que freqüentavam a “Casa Noturna”, conforme declarações assinadas pelas mesmas e apresentadas à fiscalização, que foram ignoradas.

Registrava os valores das contas bancárias que eram receitas suas, mas não as alheias.

Que a fiscalização tem a obrigação, o dever plenamente vinculado e inafastável, de fiscalizar a renda declarada por cada uma das declarantes.

As declarações assinadas apresentadas ao fisco são provas hábeis a demonstrar que a receita não era da contribuinte.

Que as transações efetuadas para atender aos clientes, quanto ao uso do sistema de cartões de crédito, tiveram seus recibos entregues à fiscalização, o que foi desconsiderado pela mesma sob a alegação de que muitas dessas outras casas noturnas não são devidamente registradas. Sendo que, na atividade da contribuinte, é comum existirem empresas irregularmente constituídas, o que impede o uso de cartões de crédito.

Não houve interesse do Fisco em buscar a verdade real.

Pleiteia pela reconsideração das declarações prestadas pelas “moças”, face ao princípio da formalidade moderada em favor da contribuinte.



Diz que houve a violação do fisco, no que se refere às receitas de terceiros, do artigo 42 da Lei 9.430/96, eis que ficou comprovado que as receitas que transitaram nas contas da contribuinte pertenciam a terceiros.

Que movimentação financeira não é renda nem receita.

O arbitramento efetuado pelo fisco viola frontalmente o art. 47 da Lei 8.981/95.

Que é inaplicável a taxa SELIC porque é ilegal e inconstitucional.

A multa de 150% é confiscatória e inconstitucional, não respeitando a capacidade contributiva da recorrente, pois a contribuinte não agiu com fraude, e sim de boa-fé quando prestou todos os esclarecimentos ao fisco, e deu-lhe a conhecer toda a movimentação financeira solicitada.

Requer, ao final, o provimento integral de seu recurso a fim de desconstituir o auto de infração lavrado.

Melhor entendendo os fatos ocorridos, o Ato Declaratório DRF/POA no. 020 de 28/04/2004, doc.fl.s.1.394, excluiu a pessoa jurídica do Simples à luz do inciso V, do artigo 14, da Lei 9.317/96, combinado com a ocorrência do excesso de receita bruta, em relação ao limite global previsto nos artigos 2º. e 9º. da mesma Lei, alterado pelo artigo 3º. da Lei 9.732/98. Os efeitos foram fixados a partir de 1º. de janeiro de 1999 em conformidade com o artigo 15, inciso V da Lei 9.317/96.

Houve a manifestação de inconformidade contra a exclusão determinada pelo AD 20/2004 da Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre, e após o julgado em primeira instância, foi proferido o Acórdão DRJ/POA N.º. 4264 de 18/08/2004 pela DRJ/PORTO ALEGRE-RS, que manteve a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, conforme Processo Administrativo Fiscal n.º. 11080.002358/2004-82.

Foi assim ementado o referido Acórdão relativo à exclusão da pessoa jurídica do Simples:

“Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Estando o lançamento amparado por documentação constante nos autos, e seguindo o procedimento determinado pela legislação de regência do processo administrativo fiscal, aplicável para casos de exclusão do Simples, incorre cerceamento de defesa.

APLICAÇÃO DA LEI. RETROATIVIDADE INEXISTENTE. Ocorrendo os fatos que se subsumem à hipótese de incidência da lei durante a vigência desta, não há retroatividade na sua aplicação. Não se pode confundir a eficácia da lei, quando da sua incidência, com a eficácia do ato declaratório da exclusão, que é aquela definida pela própria lei.

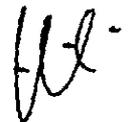
INFRAÇÕES REITERADAS. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA. Não comprovada a origem de depósitos bancários, por documentos hábeis - com coincidência de datas e valores -, há presunção legal de ocorrência de omissão de receitas relativas a estes depósitos.

CONSTITUCIONALIDADE. Não compete à autoridade administrativa decidir sobre a constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, por isso não se pode deixar de aplicar presunção legal de omissão de receitas disposta em lei vigente.

Após o referido Acórdão DRJ, em recurso ao 3.º Conselho de Contribuinte/MF, foi exarada a Resolução número 301-1.547, de 22/02/2006 pelo que, por unanimidade de votos, converteu o julgamento em diligência à repartição de origem para aguardar o julgamento do presente processo, nesta 8.ª Câmara, correspondente aos créditos tributários constituídos pelos autos de infração IRPJ e seus decorrentes.

Foi efetuado o Arrolamento de Bens e Direitos para seguimento do recurso voluntário, doc.fl.s.1.720/1.721, e despacho do órgão preparador às fls.1.735.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro MARGIL MOURÃO GIL NUNES, Relator

O recurso preenche os requisitos de sua admissibilidade, e dele tomo conhecimento.

Há de se salientar a matéria do litígio é o crédito tributário residual em razão ao provimento parcial em primeira instância, com redução dos lançamentos pelos valores dos pagamentos efetuados sob o SIMPLES, que não foram considerados pela fiscalização à época.

Antes de entrarmos no mérito, é necessário que se estabeleça a limitação de competência entre os Conselhos (1.º e 3.º), haja vista que a exclusão da pessoa jurídica do Simples se deu foi por excesso de receita em relação ao limite (presunção legal), e por conseguinte, infração à legislação tributária, conforme capitulada no Ato de Exclusão, citando os artigos 2.º e 9.º, e artigo 14 inciso V da Lei 9.317/96, abaixo transcritos, *“in verbis”*:

“Art. 2.º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

Nota: A redação deste inciso foi dada pelo artigo 33 da Lei nº 11.196 de 21.11.2005. Redação Antiga: I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Nota: A redação deste inciso foi dada pelo artigo 33 da Lei nº 11.196 de 21.11.2005.

Redação Antiga dada pela Lei nº. 9.732 de 11.12.1998: II – empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Redação Antiga: II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais);

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;”

Por conseguinte a primeira questão em julgamento, de fato deve ser a questão da existência ou não da receita tributável apurada pelo Auditor Fiscal, conforme os Autos de Infração e descrição no Termo Fiscal, e exposto na Resolução nº. 301-1.547 de 22/02/2006, com a qual comungo.

Após este entendimento, vamos ao julgamento da lide.

Preliminarmente, abordaremos a questão da decadência do direito de se constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no ano calendário 1999, uma vez que ciência ao sujeito passivo ocorreu em 06/05/2004.

Para o deslinde desta, torna-se necessária a solução de outro elemento contido no lançamento: estaria ou não caracterizado e materializado a figura de crime contra a ordem tributária nos termos da legislação aplicada pelo auditor fiscal, artigo 44 inciso II da Lei 9.430/96, que nos remete aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64.

Assim, caso comprovado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o lançamento estaria abrigado pelo inciso I do artigo 173 do CTN, pois a decadência para os fatos geradores de 1999 somente ocorreriam em 01/01/2006, "*in verbis*":

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Em sentido inverso, os lançamentos por homologação estariam decadentes para os fatos geradores ocorridos antes dos cinco anos da constituição do crédito tributário, ou seja, aqueles ocorridos até março de 1999 não poderiam ser objeto dos créditos ora constituídos, como determina o parágrafo 4o. do artigo 150 CTN, "*in verbis*":

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

O fisco, para aplicar a multa qualificada prevista no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96 sobre a base de cálculo do lucro arbitrado, pelo valor dos depósitos bancários cujas origens não restaram comprovadas, escreveu no Relatório da Ação Fiscal, doc.fl.s.1.395/1.406:

"Face a disparidade entre os efetivos ingressos de recursos nas empresas caracterizados pelos créditos e depósitos efetuados em suas contas correntes, e as receitas escrituradas em sua contabilidade e, não sendo possível quantificar quais créditos correspondem às atividades de cada uma das empresas, já que o contribuinte regularmente intimado a prestar essa informação, limitou-se a informar que tais empresas utilizam-se das contas, sem discriminar valores ou

percentuais, a fiscalização dividiu os créditos entre as empresas, proporcionalmente às receitas contabilizadas. (fls.1400/1401)

.....
Corroborando a hipótese da prática reiterada de infrações à legislação tributária, citamos o caso da empresa não ter observado um princípio fundamental da contabilidade, o da entidade, ao utilizar as mesmas contas correntes bancárias – com uma movimentação vultosa – para empresas distintas, sem efetuar nenhum registro contábil de sua movimentação (na contabilidade sequer consta a conta bancos). Com esse procedimento a maior parte de suas receitas ficam à margem da contabilidade.

Outra irregularidade constatada foi a falta de escrituração ou registro a menor de diversas notas fiscais de compra de mercadorias.” (fls1402. grifos originais).

Vejamos agora o teor da Lei 4.502/64, nos citados artigos, que definiram os crimes de sonegação, fraude e conluio, em comparação aos fatos trazidos pelo Auditor Fiscal:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Realmente, não se conclui pela acusação e pelos documentos trazidos ao processo, nem tampouco pela descrição minuciosa contida no Relatório Fiscal, que tenha havido qualquer uma destas figuras tributárias, como citado: valor da movimentação bancária sem comprovação de origem; inobservância do princípio contábil da Entidade; ausência do registro contábil da conta Bancos; e, falta de escrituração de notas fiscais de compra.

Estes citados fatos acarretaram corretamente o arbitramento do lucro tributável da pessoa jurídica, mas não podem, por si só, caracterizar o evidente intuito de fraude.

Não vejo carregado nos autos provas de dolo, fraude ou simulação, elementos necessários para manutenção da exação, aliás, a matéria do lançamento é por presunção legal, artigo 42 da Lei 9.430/96.

Vencida esta matéria, com relação ao aspecto confiscatório da multa de ofício imposta (75%), não há falar em ilegalidade, eis que prevista em Lei, no entanto como

explicitado, a Lei prevê as condições para a qualificação da multa, as quais entendo não estarem presentes no caso dos autos.

O auditor fiscal apurou os tributos com base nos documentos apreendidos e pelas informações prestadas pelo contribuinte.

Entendo que na omissão de receitas não ficou configurado o dolo específico que exigiria a tipificação para aplicação da multa de ofício qualificada em 150%.

Deste modo, a multa de ofício deve ser aquela prevista no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96 (75%).

Em razão de norma de ordem pública relativa à apreciação da decadência do direito de tributar do fisco, norma esta que está sujeito tanto o agente fiscal quanto o julgador administrativo, e, sendo os tributos apurados pela fiscalização (IRPJ, PIS, COFINS e CSLL), de auto lançamento e sujeitos à homologação pelo fisco, há de se declarar a decadência dos períodos ocorridos até 31/03/1999, eis que a contribuinte foi cientificada da autuação em 06/05/2004, portanto, operou-se a homologação tácita ao atingir-se 05 anos do fato gerador,

Assim reconheço de ofício a decadência para o IRPJ e CSLL para o primeiro trimestre de 1999, e para os meses de janeiro a abril/99 relativamente ao PIS e a COFINS.

Quanto ao mérito, frágeis são as alegações da contribuinte em relação às provas carreadas aos autos. Entendo que se tratam de indícios, não há robustez de provas nas declarações de terceiros apresentadas, nem mesmo nos recibos apensados, haja vista que os valores inseridos nas contas correntes e não registrados na contabilidade da contribuinte, não coincidem com os valores apresentados nas declarações e recibos, nem se referem às mesmas datas.

No caso em julgamento o ônus "*probandi*" é da contribuinte, não há como acatar simplesmente as alegações da mesma, pois houve aplicação da presunção legal de omissão de receitas previsto no artigo 42 da Lei 9430/96.

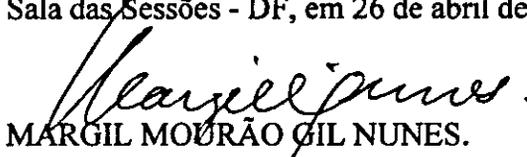
A respeito da taxa SELIC para cálculo dos juros, decorre da Lei, sujeitando-se assim o agente fiscal e o julgador ao seu comando.

Ainda, no julgamento administrativo não cabe o questionamento de inconstitucionalidade da taxa SELIC, sendo a apreciação desta matéria competência exclusiva do Poder Judiciário. O julgador administrativo está sujeito ao estrito cumprimento da lei

Por tudo exposto, dou a decadência do IRPJ e da CSLL para o primeiro trimestre/99, PIS e COFINS nos meses de janeiro a abril/99 e, no mérito, parcial provimento ao recurso para reduzir a multa de ofício para 75%.

É o voto.

Sala das Sessões - DF, em 26 de abril de 2007.


MARGIL MOURÃO GIL NUNES.

Voto Vencedor

Conselheira IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, Relatora Designada

Em que pese o brilhantismo das razões de decidir peço vênia ao Nobre Relator para discordar da conclusão exarada em suas razões, quanto ao descabimento do agravamento da multa imposta o que implicaria, no presente caso, em reconhecimento da decadência parcial do direito de lançar do fisco.

A empresa era inscrita no SIMPLES e omitiu, sistematicamente, receitas de suas operações, oferecendo a tributação receitas em valores bem inferiores aqueles auferidos.

Assim, levantou o I Relator do voto vencido a questão da decadência do direito de se constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no ano calendário 1999, uma vez que ciência ao sujeito passivo ocorreu em 06/05/2004.

Compulsando os autos vejo que a evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, aflorou na instrução processual.

Segundo consta do Relatório da Ação Fiscal, doc.fl.s.1.395/1.405, houve busca e apreensão de documentos no estabelecimento; a fiscalizada era inscrita no SIMPLES e declarou como receita bruta no ano calendário 1999 o valor de 496.622,95 e no ano calendário 2000 o valor de R\$620.720,76. Mas utilizava para sua movimentação as contas bancárias de Marisa Guzinski & Cia. Ltda (Banco do Brasil), e contas conjuntas de Fernando Jose Guzinski e Maria Ione Guzinski (Banco do Brasil e Banco Itaú) e para a movimentação de outras empresas (Zilma Catarina Mallmann & Cia. Ltda e Madrigal Administração e Participações Ltda.) e do Sr. Fernando José Guzinski.

A intimação para comprovar a origem dos valores creditados nas contas correntes, inclusive aqueles que seriam relativos as outras empresas (Madrigal Administração e Participações Ltda. e Zilma Catarina Mallmann & Cia. Ltda.), foi respondida de forma insatisfatória, conforme antes relatado no voto vencido.

Dos autos despontou a prática reiterada de infração à legislação tributária em face a disparidade entre os ingressos de recursos nas empresas (créditos e depósitos efetuados) e as receitas escrituradas em sua contabilidade; (houve a falta de escrituração ou registro a menor de notas fiscais de compras de mercadorias, conforme fls.1103/1145).

O arbitramento do lucro foi motivado por expressiva movimentação financeira à margem da contabilidade, a inviabilidade de determinação do lucro real, tendo a empresa sido excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA no. 20 de 28/04/2004 por excesso de receita a partir do ano calendário 1999.



Como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional. Não compete a autoridade fiscal, nem ao julgador administrativo, determinar outra forma de proceder, quando os fatos se subsumem a norma, não sendo possível o desvio do seu comando.

Ao argumento da recorrente quanto às penalidades aplicadas, se opõe a disposição da Lei 9430/1996 onde está o resumo das normas reguladoras da aplicação das multas no sistema tributário federal. A seção V do capítulo IV- Procedimentos de Fiscalização - disciplina a aplicação das multas de ofício.

Diz a Lei 9430/1996:

“Artigo 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 75% (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, excetuando a hipótese do inciso seguintes:

II - 150% (cento e cinquenta por cento), nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da lei 4502 de 30/11/1964, independente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis .”

A natureza jurídica da multa é obrigacional. Pela teoria dos atos jurídicos, se institui unilateral ou bilateralmente, conforme seja legal ou convencional, executa-se com prevalência de uma só vontade: a do credor. E como norma penal em branco se preenche segundo o tipo ao qual do ilícito que pune.

Os fundamentos das razões de apelo não avançam. Em nenhum momento no curso processual os elementos probantes conseguiram demonstrar, inequivocamente, o acerto da Recorrente. Por isto entendo que não cabem reparos nos lançamentos.

O Prof. Souto Maior Borges em seu Livro Lançamento Tributário, Malheiros Editores, SP. 2ª ed.1999, p. 120/121 leciona, ainda, que

“o procedimento administrativo de lançamento é, em tal sentido o caminho juridicamente condicionado por meio do qual certa manifestação jurídica de plano superior - a legislação - produz manifestação jurídica de plano inferior - o ato administrativo do lançamento. (...) E, porque o procedimento de lançamento é vinculado e obrigatório, o seu objeto não é relegado pela lei à livre disponibilidade das partes que nele intervêm. É indisponível, em princípio, a atividade de lançamento- e , portanto insuscetível de renúncia. (...) O fisco entretanto tem o dever – não o ônus – de verificar a ocorrência da situação jurídico-tributária conforme ela se desdobra no mundo fático, com independência das chamadas provas pré-constituídas ou presunções de qualquer gênero”.

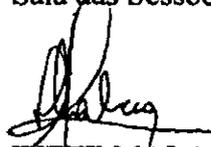
Ensina O Professor Celso Ribeiro Bastos, em seu Curso de Direito Financeiro e Tributário, às fls. 191, sobre a interpretação:

“ a ordem jurídica é um sistema composto de normas e princípios. A significação destes não é obtenível pela pretensão isolada de cada um. É

necessário também levar-se em conta em que medida se interpretam. É dizer , até que ponto um preceito extravasa o seu campo próprio para imiscuir-se com o preceituado em outra norma. Disso resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios , que faz com que a vontade normativa só seja extraível, a partir de uma interpretação sistemática , o que por si só , já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade”.

Por todo exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 26 de abril de 2007.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO

