



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Recurso nº : 134.386
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex(s): 1997 e 1998
Recorrente : EVELYN INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 05 de novembro de 2003
Acórdão nº : 103-21.427

DECADÊNCIA - Verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, à contagem do prazo para a Fazenda Nacional formular a exigência tributária segue a regra do art. 173 do CTN.

SIGILO BANCÁRIO - A garantia quanto ao sigilo bancário não é absoluta e encontra seus limites no interesse público.

OMISSÃO DE RECEITAS - A ausência de escrituração de receitas da empresa caracteriza o ilícito fiscal e justifica o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto.

OMISSÃO DE RECEITA - QUANTIFICAÇÃO POR EXTRATOS BANCÁRIOS - Uma vez provada a ocorrência de omissão de receita, seu *quantum* pode ser avaliado com base em valores de extratos de movimentação bancária.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete à instância administrativa apreciar inconstitucionalidade de atos legais ou administrativos.

INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES COM IMÓVEIS - O faturamento decorrente da venda de imóveis comercializados por quem exerce tal atividade sujeita-se à incidência da COFINS.

PROCEDIMENTO DECORRENTE - CSLL, PIS E COFINS - Em razão da estreita relação de causa e efeito entre o lançamento principal e os decorrentes, provido o primeiro, igual tratamento se impõe aos lançamentos reflexos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - Configurado evidente intuito de fraude por situação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/64, aplica-se o agravamento da multa, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

TAXA SELIC - Conforme prevê a legislação, é cabível a utilização da taxa SELIC para a apuração dos juros de mora devidos.

PERÍCIA - Não se configura cerceamento do direito de defesa a negativa de pedido de diligência ou perícia, quando a recorrente não traz aos autos elementos que demonstrem a necessidade da sua realização..

Negado Provimento



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EVELYN INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA.

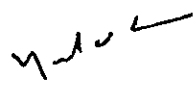

ACORDAM os membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Márcio Machado Caldeira, Alexandre Barbosa Jaguaribe e Julio Cezar da Fonseca Furtado que deram provimento parcial ao recurso para desagravar a multa de lançamento *ex officio*, nos termos relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A contribuinte foi defendida pelo Dr. Carlos Alberto Forracha de Castro, inscrição OAB/PR nº 20.812.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


NADJA RODRIGUES ROMERO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 22 DEZ 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, NILTON PÊSS e VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

Recurso nº : 134.386
Recorrente : .EVELYN INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente de exigência fiscal relativa Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, referente aos anos-calendário de 1996 e 1997, formalizados através dos autos de infração de fls. 08 a 32. O total do crédito tributário constituído corresponde a R\$ 3.911.443,74, incluindo os tributos, multa e juros de mora.

As irregularidades fiscais apuradas referem-se a omissão de receitas, apuradas pela fiscalização, referente ao período compreendido entre 01/01/1996 e 31/05/1997, descritas no relatório fiscal a omissão de receitas foi caracterizada pela existência de conta-corrente bancária, de titularidade da contribuinte, mantida à margem da contabilidade. A conta fora "descoberta" a partir de investigações realizadas pelo Congresso Nacional na CPI dos Títulos Públicos.

A multa de ofício foi agravada, com base no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pois a fiscalização entendeu que a existência da conta-corrente à margem da contabilidade tinha o propósito de ocultar da Fazenda Pública o montante de tributos devidos, caracterizando-se evidente intuito de fraude (sonegação: art. 71 da Lei nº 4.502/64).

A interessada impugna tempestivamente (fls. 510/550). São estas, em síntese, suas alegações:

- a) Estão prescritos os créditos referentes ao período de março/1996 a julho/1996, tendo em vista o transcurso de mais de 5 anos entre a ocorrência dos fatos geradores e a constituição definitiva dos créditos;
- b) É ineficaz o procedimento fiscal, posto que o auto de infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa;

Quel



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

- c) É nulo o relatório fiscal, por ser resultado de quebra do sigilo bancário e fiscal sem o devido processo legal e contraditório e em desrespeito ao direito à intimidade;
- d) É nula a ação fiscal, por ausência de indicação do fundamento legal para a utilização do parâmetro adotado na formação da base de cálculo, afrontando o princípio da legalidade;
- e) É nula a notificação, por inexistência da receita apurada, uma vez que é ilegítimo o lançamento de imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários: renda não é capital ou patrimônio - lucro opõe-se à idéia de prejuízo ou movimentação bancária - a fiscalização lançou o pretense crédito considerando como renda (receita) valores que transitaram em conta bancária, sem qualquer distinção, como confessa no próprio relatório;
- f) Há violação dos princípios da capacidade contributiva e da proporcionalidade com o cálculo do tributo por amostragem (arbitramento): a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não a justificando o simples atraso na escrita;
- g) O recolhimento do Pis é baseado em legislação inconstitucional;
- h) A atividade de incorporação e construção de imóveis, exercida pela contribuinte, não está compreendida entre as previstas para incidência da Cofins, nos termos do art. 2º da LC 70/91;
- i) Os juros moratórios, fixados com base na Selic, são ilegais e inconstitucionais: o art. 192, § 3º, da Constituição Federal prevê juros máximos de 12% ao ano, e o art. 161, § 1º, do CTN, autoriza que lei ordinária fixe taxa de juros, desde que iguais ou inferiores a 1% ao mês.
- j) A multa excede o limite legal, representando verdadeiro confisco, expressamente vedado pelo art. 150, IV, da CF.

Sustenta que a situação do processo exige ampla dilação probatória, inclusive e principalmente prova pericial – o que requer, sob pena de cerceamento de defesa.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS, apreciou as razões de defesa apresentada pela impugnante às fls.559 a 583, julgando procedente o lançamento, através do Acórdão nº 445, datado de março de 2002, assim ementado:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1996, 1997

Ementa: DECADÊNCIA. Verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, à



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

contagem do prazo para a Fazenda Nacional formular a exigência tributária segue a regra do art. 173 do CTN.

SIGILO BANCÁRIO. A garantia quanto ao sigilo bancário não é absoluta e encontra seus limites no interesse público.

OMISSÃO DE RECEITAS. A ausência de escrituração de receitas da empresa caracteriza o ilícito fiscal e justifica o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto.

OMISSÃO DE RECEITA. QUANTIFICAÇÃO POR EXTRATOS BANCÁRIOS. Uma vez provada a ocorrência de omissão de receita, seu quantum pode ser avaliado com base em valores de extratos de movimentação bancária.

INCONSTITUCIONALIDADE. Não compete à instância administrativa apreciar inconstitucionalidade de atos legais ou administrativos.

INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES COM IMÓVEIS. Incide a COFINS sobre as todas as atividades imobiliárias, aí compreendidas as de construção civil, administração e conservação de prédios, incorporação imobiliária, compra, venda, permuta e locação de imóveis, intermediação em operações imobiliárias e projetos de planejamento de engenharia civil.

PROCEDIMENTO DECORRENTE. CSLL, PIS E COFINS. Em razão da estreita relação de causa e efeito entre o lançamento principal e os decorrentes, provido o primeiro, igual tratamento se impõe aos lançamentos reflexos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Configurado evidente intuito de fraude por situação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/64, aplica-se o agravamento da multa, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

TAXA SELIC. Conforme prevê a legislação, é cabível a utilização da taxa SELIC para a apuração dos juros de mora devidos.

PERÍCIA. Considera-se não formulado o pedido de perícia quando a impugnante não apresenta os requisitos mínimos dispostos na legislação de regência do processo administrativo fiscal.

*Lançamento Procedente.**

A atuada inconformada com decisão prolatada pela DRJ/Porto Alegre, encaminha, por via postal, a peça recursal de fls. 58 a 633, na qual apresenta as suas alegações de defesa, a seguir resumidas:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

I - Decadência

Está decadente o crédito tributário constituído relativo aos fatos geradores ocorridos de março de 1996 a julho de 1996, pela aplicação do disposto no art. 150, § 4, do

CTN.

Incabível também a suposta existência de fraude ou dolo afastando a aplicação do dispositivo acima citado, pois a jurisprudência é clara ao determinar que tais institutos "não se presumem" exigindo "prova competente", o que não existe nos presentes autos.

II - Lavratura de Auto de Infração fora do Estabelecimento – Ineficácia do Lançamento

Discorda da decisão de Primeira Instância reafirmando sua posição de que a lavratura do Auto de Infração na Repartição Fiscal, é ineficaz e inválida a peça básica do processo administrativo fiscal.

III – Arguição de Inconstitucionalidade em Processo Administrativo

A autoridade administrativa não pode eximir-se de apreciar constitucionalidade de disposições legais. É nesse sentido a jurisprudência e a doutrina pátria. Cita Parecer da PGFN e posição do professor Marçal Justen Filho no sentido de reforçar o seu entendimento.

IV – Inobservância das Garantias Constitucionais - Nulidade de Relatório Fiscal

A quebra de sigilo fiscal e bancário, efetuada no caso vertente, é inconstitucional e ilegal, amparada no artigo 5º, X e XII da Constituição Federal tem garantido o seu direito a intimidade e a vida privada e que estes são invioláveis.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

A quebra de sigilo bancário e fiscal somente é admissível nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, que não se aplica ao caso em tela.

Alega ainda que não participou da investigação administrativa, não lhe foi concedido o direito à ampla defesa e o devido processo legal, antes da expedição de alvará de quebra do sigilo bancário.

Todo o procedimento resultou de cópia de cheque bancário, obtida através de violação de sigilo bancário, portanto todo o relatório já se iniciou *natimorto*.

V – Nulidade da Ação Fiscal

A exigência fiscal está maculada de nulidade, em face da ausência da indicação de fundamento legal para utilização do parâmetro adotado na formação da base de cálculo, já que, em nenhum dos dispositivos citados na notificação (seja no relatório fiscal, seja nos fundamentos legais do débito), encontra-se a base para aplicação dos percentuais aplicados, recaindo sobre o lucro. Assim, o critério adotado é aleatório, não tendo a fiscalização indicado, sequer, a existência de uma base infra-legal – o que insuficiente à espécie.

Para ser cobrado todo tributo deve estar previsto em lei e ter todos os seus elementos constitutivos nela previstos.

O caso concreto revela utilização de um arbitramento, que confundiu movimentação financeira e patrimônio, com renda e lucro, apurando pois, um (pretensão) crédito tributário sobre hipótese de incidência inexistente.

Portanto nulo o Auto de Infração, pois está demonstrada a incorreção do feito, pelas seguintes razões ou a regra não tem base legal ou tem e não foi citada adequadamente no Auto de Infração, resultando em prejuízo do exercício do seu direito de defesa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

A decisão de Primeira Instância admite que não houve descrição da disposição legal infringida no auto de infração, porém afirma que a falta de citação nos Autos de Infração não configuram cerceamento do direito de defesa, pois os fatos foram devidamente descritos, contrariando a jurisprudência dominante desse Conselho.

VI – Da Inexistência da Receita Apurada

Depósito bancário não é por si só prova de acréscimo patrimonial, conforme vem sucessivamente decidindo a jurisprudência.

O Fisco apurou um crédito tributário inexistente, e o que é mais grave, sequer fez prova da existência concreta do aludido, lançando-o por mera amostragem.

VI – Renda não é Capital ou Patrimônio., Lucro opõe-se a Idéia de Prejuízo ou Movimentação Financeira.

A fiscalização confundiu lucro com patrimônio, movimentação bancária com lucro e assim por diante, tratam-se, porém de institutos jurídica e economicamente diversos e distintos. Invertendo estes conceitos a fiscalização lançou o crédito tributário considerando como renda (receitas) valores que transitaram em conta bancária, sem qualquer distinção.

VII – Impossibilidade de Cálculo de Tributo por Amostragem (Arbitramento).

A avaliação por amostragem (arbitramento) é medida excepcional, mesmo para o Direito Tributário tem suporte básico no princípio da realidade.

Cita decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos e posição defendida pelos Advogados Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho que consideram indevido o arbitramento do lucro da pessoa jurídica quando é possível apurar o lucro real.

Yw



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

O modo como foi apurado o IRPJ e CSLL pelo Fisco implica em ofensa aos princípios da proporcionalidade e capacidade contributiva.

VIII – Do PIS

A Recorrente discorda do entendimento da DRJ/Porto Alegre sobre a constitucionalidade das Medidas Provisórias nº 1.212/95, 1.249/95 e reedições, e Lei nº 9.715/98, que são inconstitucionais, em razão dos seguintes motivos:

- a) a Lei Complementar nº 7/70, que instituiu o PIS e definiu fato gerador, base de cálculo e elementos integrantes da obrigação tributária, somente poderia ser alterada por outra lei complementar;
- b) como a Lei Complementar nº 7/70 foi constitucionalizada pelo art. 239 da Constituição Federal, somente por modificação da própria carta magna seria possível alterar a tributação da empresas prestadores de serviço no que se refere ao regime de PIS-Repique;
- c) é ilegal a cobrança de PIS majorado e/ou alterado enquanto as medidas provisórias não forem transformadas em lei;
- d) as medidas provisórias perdem eficácia desde a edição se não convertidas em lei no prazo de 30 dias a partir de sua publicação;
- e) mesmo que uma medida provisória convalide os atos praticados com base em medida provisória anterior, a convalidação dos "atos pretéritos"
- f) não significa a incidência de "efeitos pretéritos".

IX – Da COFINS

Incabível a exigência fiscal título de COFINS, tendo em vista que atividade exercida pela empresa é a incorporação e construção de imóveis, não estando portanto abrangida pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, por não se tratar de venda de mercadorias e de serviços prevista é nesse sentido a jurisprudência Tribunal Regional Federal da Quinta Região e do Superior Tribunal de Justiça.

X – Taxa SELIC

Os juros moratórios, fixados com base na Selic, são ilegais e inconstitucionais: o art. 192, § 3º, da Constituição Federal prevê juros máximos de 12% ao ano, e o art. 161, § 1º, do CTN, autoriza que lei ordinária fixe taxa de juros, desde que iguais ou inferiores a 1% ao mês.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

XI – Da Multa

A multa excede o limite legal, representando verdadeiro confisco, expressamente vedado pelo art. 150, IV, da CF.

XII – Do Pedido de Perícia

Sustenta que a situação do processo exige ampla dilação probatória, inclusive e principalmente prova pericial – o que requer, sob pena de cerceamento de defesa..

Requer ao final seja reformada a decisão de Primeira Instância, e conseqüentemente, seja decretada a nulidade do débito consolidado, extinguindo o processo administrativo.

Anexa ao recurso encaminhado a Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre-RS, consta escritura de 1 (um) terreno de propriedade da autuada.

A DRF/Porto Alegre constatou que o valor do imóvel cuja escritura acompanhou a peça recursal, não garantia o crédito tributário, conforme disposto no art. 2º, III do Decreto 2.717/2001, intimou a recorrente a apresentar arrolamento de bens para dar seguimento ao recurso interposto.

A recorrente para ter direito a apreciação do recurso impetrou Mandado de Segurança.

Às fls. 807 e 808 foi concedida a medida liminar que determina o seguimento do recurso voluntário.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

VOTO

Conselheira NADJA RODRIGUES ROMERO - Relatora

O recurso é tempestivo e encaminhado a este conselho para sua apreciação amparado em medida liminar, que determinou o seu seguimento, embora administrativamente não tenha a recorrente apresentado bens suficientes, para garantia do crédito tributário conforme determina o art. 2º. Inciso III, do Decreto nº 2.717/2001. Por reunir as demais condições de admissibilidade deve ser conhecido.

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares argüidas pela recorrente que a seguir são analisadas:

a) *Decadência dos créditos tributários do período anterior a julho de 1996*

A regra de decadência a ser aplicada a no caso em tela está estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, que determina como prazo para contagem da decadência inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Inaplicável ao caso concreto a possibilidade de aplicação à regra prevista no art. 150, §4, do CTN, em face da ocorrência dolo ou fraude (sonegação) caracterizado afastando totalmente a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, *verbis*.

"§ 4º Se a lei não fixar prazo à 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". (Grifei.)

Correto, portanto, o entendimento expresso na decisão recorrida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

b) – Lavratura de Auto de Infração fora do Estabelecimento – Ineficácia do Lançamento

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72 exige que a lavratura do auto de infração se faça no local da verificação da falta, o que não significa o local em que foi praticada a infração e sim onde esta foi constatada, não impedindo que isto ocorra dentro da própria repartição, presentes os elementos necessários para fundamentar a autuação e notificado o sujeito passivo. Tal fato não configura hipótese de nulidade prevista no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 é essa manifestação reiterada deste Conselho.

Assim, não cabe o acolhimento desta preliminar.

c) – Competência para apreciar Arguição de Inconstitucionalidade em Processo Administrativo

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciarem alegação de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência privativa do Poder Judiciário, esta tem sido a posição adotada por este Conselho de Contribuintes, em reiterados Acórdãos proferidos.

Preliminar que também não merece acolhimento.

d) – Inobservância das Garantias Constitucionais - Nulidade de Relatório Fiscal

A impugnante pretende ver declarada a nulidade do relatório fiscal, já que resultou da quebra do sigilo bancário e fiscal - sem observância das garantias constitucionais do devido processo legal e contraditório, e em desrespeito ao direito à intimidade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

Alega não ter participado adequadamente das investigações administrativas, não lhe sendo concedido prazo hábil para ampla defesa antes da expedição do alvará judicial que determinou a quebra do sigilo bancário. Ademais, todo procedimento fiscal teria decorrido de cópia de cheque bancário repassada pela CPI do Congresso Nacional, obtido ilicitamente através da violação do sigilo bancário, sem que tenha sido intimada ou cientificada.

Em primeiro lugar, é importante destacar que não houve quebra do sigilo fiscal. Este compreende somente as informações pessoais dos contribuintes, obtidas pelo fisco, relativas à situação econômica ou financeira ou sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades, de acordo com o previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades".

Em segundo, não pode ser aqui analisada eventual argüição de inconstitucionalidade ou ilegalidade de procedimentos legitimados por normas inseridas no ordenamento jurídico nacional. Essa tarefa acha-se reservada ao Poder Judiciário e foge à competência das autoridades administrativas de qualquer instância.

Por outro lado o acesso às informações bancárias do contribuinte foi autorizado pelo Poder Judiciário, não cabe a autoridade administrativa o juízo sobre decisão judicial, como sugere a impugnante quando afirma: *"Portanto, com apoio na jurisprudência do STJ e STF, impõe-se a cassação da liminar que determinou a quebra do sigilo bancário e fiscal do ora contestante"* (fl. 517).

Também não compete ao julgador administrativo decidir sobre a regularidade do procedimento de quebra do sigilo por parte de CPI.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

Conclui-se, por todo o exposto, que não há guarida para a pretensão da impugnante da nulidade do relatório fiscal.

e) - Nulidade da ação fiscal (nulidade da notificação) - Cerceamento do direito de defesa

Pretende a contribuinte a nulidade da notificação fiscal, em face da ausência do fundamento legal para a utilização do parâmetro adotado na formação da base de cálculo, já que, em nenhum dos dispositivos citados na notificação (seja no relatório fiscal, seja nos fundamentos legais do débito), encontra-se a base para aplicação dos percentuais aplicados, recaindo sobre o lucro. Assim, o critério adotado é aleatório, não tendo a fiscalização indicado, sequer, a existência de uma base infralegal - que seria evidentemente insuficiente à espécie

Os casos previstos de nulidade de lançamento são os previstos no artigo 59 do Decreto 70.235/72, são: quando lavrados por autoridade incompetente ou com preterição ao direito de defesa. No caso presente pretende a recorrente que se reconheça a segunda hipótese.

Os requisitos necessários do Auto de Infração estão elencados no artigo 10 do mesmo dispositivo legal: que assim dispõe:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula".

O requisito descrição dos fatos geradores dos lançamentos está cumprido nos autos de infração e relatório fiscal, pois a infração está descrita como omissão de receitas caracterizada pelo montante de depósitos efetuados em conta-
134.386*MSR*03/12/03



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

corrente bancária, de titularidade da contribuinte, mantida à margem da contabilidade, sem comprovação de origem.

A disposição legal infringida também foi caracterizada pela falta de observância das leis comerciais fiscais que obriga a contribuinte a escrituração abrangendo todas as suas operações, inclusive os resultados apurados em suas atividades no território nacional, prevista no art. 197 do RIR/94, citado no auto de infração.

A fiscalização aplicou o inciso II do art. 195 do RIR/94 para adicionar o valor das receitas omitidas ao lucro líquido dos períodos-base e determinar o verdadeiro montante do lucro real. Tal procedimento é estabelecido pelo art. 24 da Lei nº 9.249/95. Por reflexo (art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95), o valor da receita omitida foi considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da CSLL (art. 2º da Lei nº 7.689/88, art. 44 da Lei nº 8.383/91), PIS e Cofins.

A falta de citação nos autos de infração da legislação que define a omissão de receita em depósitos bancários não configura cerceamento de defesa, pois os fatos foram devidamente descritos nos autos de infração e relatório fiscal. A jurisprudência dominante tem esse entendimento:

"NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A inclusão desnecessária de um dispositivo legal, além do corretamente apontado para as infrações praticadas, não acarreta a improcedência da ação fiscal. Outrossim, a simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do lançamento quando, pela judicosa descrição dos fatos nele contida, venha a permitir ao sujeito passivo, na impugnação, o conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributável. Nesse sentido, os cuidados com a lavratura de termos, a comprovação da tipicidade (estreita correlação entre o fato e a hipótese descrita na norma legal) se enquadra perfeitamente no requisito essencial à demonstração do ilícito e, conseqüentemente, ao êxito do procedimento fiscal" (Acórdão unânime da 4ª Câm. do 1º CC nº 104-17287, disponível na página www.conselhos.fazenda.gov.br).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

"NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE - FALTA DE INDICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA - A falta de indicação, no lançamento, do enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que não ocorreu preterição do direito de defesa" (Recurso nº 107677 - Acórdão da 3ª Câm. do 2º CC, de 19/05/99, disponível na página www.conselhos.fazenda.gov.br).

A determinação da exigência está devidamente caracterizada nos autos. Os dispositivos legais aplicáveis, inclusive quanto ao cálculo dos tributos, foram especificados.

Diante do exposto, verifica-se que não estão ausentes os requisitos legais exigidos pela interessada para caracterizar o cerceamento do direito de defesa. Não há motivo para nulidade dos autos de infração.

Superadas as questões preliminares, passa-se a analisar o mérito.

Mérito

a) - Inexistência da Receita Apurada

Embora a recorrente tenha alegado a nulidade da notificação por inexistência de receita apurada a questão deve ser tratada como mérito, vê que a análise do tema importa em apreciação dos lançamentos e não na nulidade dos Autos de Infração.

Inicialmente deve ser registrada a correta e bem estudada apreciação desta matéria pela autoridade julgadora de Primeira Instância, que fez um estudo da cronologia da legislação e da jurisprudência sobre tributação de receita omitida.

A tributação de depósitos bancários como omissão de receita encontra amparo legal na Lei nº 9.430/96, em vigor a partir de 1997, já para os fatos geradores



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

ocorridos em data anterior a esta data no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90 (adotado pelo art. 895 do RIR/94).

O art. 42, assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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 dos 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.
(...)"*

Portanto, os argumento da recorrente de que depósito bancário não é por si só prova de acréscimo patrimonial, é inconsistente pois ao contrario do que afirma a legislação de regência, como se verifica os dispositivos citados autorizam a tributação de depósitos bancários não comprovada a sua origem como omissão de receitas.

A alegação de que o crédito tributário é inexistente por ter sido apurado por mera amostragem é improcedente, o que foi realizado por esse método foi o procedimento fiscal de análise da escrituração comercial e dos documentos que a comprovam, procedimento comum em auditoria.

b) – Renda não é Capital ou Patrimônio., Lucro opõe-se a Idéia de Prejuízo ou Movimentação Financeira.

Também aqui não procede a argumentação da autuada de que a fiscalização confundiu lucro com patrimônio, movimentação bancária com lucro e assim

Handwritten signature and initials.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

por diante, tratam-se, porém de institutos jurídica e economicamente diversos e distintos. Invertendo estes conceitos a fiscalização lançou o crédito tributário considerando como renda (receitas) valores que transitaram em conta bancária, sem qualquer distinção.

O que deve ser esclarecido é que a matéria objeto de tributação em questão de depósitos bancários mantidos a margem da contabilidade conforme já demonstrada, tributados pelo Fisco como omissão de receita, de acordo com legislação de regência.

c) - *Impossibilidade de Cálculo de Tributo por Amostragem (Arbitramento).*

A alegação de que o crédito tributário é inexistente por ter sido apurado por mera amostragem é improcedente, o que foi realizado por esse método foi o procedimento fiscal de análise da escrituração comercial e dos documentos que a comprovam, procedimento comum em auditoria.

O créditos tributários relativos a IRPJ e CSLL foram apurados pelo Fisco com base no valor dos depósitos bancários mantidos a margem da escrituração e que não tiveram a comprovação da sua origem.

Além do mais o regime de tributação adotado para os lançamentos *ex officio* de IRPJ e CSLL não foi o do lucro arbitrado, previsto nas hipótese dos incisos do art. 539 do RIR/94, mas sim o do lucro real, opção do contribuinte em sua declaração de rendimentos. Esclareça-se que efetivamente ocorreu foi à adição das receitas omitidas ao lucro líquido contábil, para fins de determinação do lucro real e aplicação das alíquotas previstas para este regime (art. 195, II, do RIR/94 e art. 24 da Lei nº 9.249/95). Por isso, não são válidas as premissas utilizadas pela impugnante para estender a este processo as considerações e citações da doutrina e jurisprudência limitativas ao lucro arbitrado.

Handwritten signature and initials.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61

Acórdão nº : 103-21.427

d) - PIS

O recurso interposto pela interessada limita-se a repetir os argumentos sobre a inconstitucionalidade da exigência da Contribuição para o Programa de Integração Nacional – PIS.

A autoridade administrativa não tem competência legal para apreciar a constitucionalidade de lei, matéria reservada ao Poder Judiciário pela Constituição Federal em seus artigos. 97 e 102. O processo administrativo, portanto, não é o meio próprio para resolver questões

e) - COFINS

A decisão recorrida já fez apreciação dos aspectos legislativo e jurisprudencial, comprovando que não assiste razão a interessada de rejeitar a incidência da COFINS sobre o faturamento da venda de imóveis.

De forma diversa do alegado pela recorrente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foi pacificada no sentido de entender que atividade de venda de imóveis é atividade comercial e que, portanto, para efeito de incidência da Contribuição Social para a Seguridade Social – COFINS, são considerados como mercadorias, sendo a receita de sua venda base de cálculo da Contribuição.

f) – Taxa SELIC

A alegação de que a cobrança de juros aplicando a taxa Selic, violou o art. 192, § 3º, da Constituição Federal que prevê juros máximos de 12% ao ano, não cabe sua apreciação na esfera administrativa, por tratar-se de constitucionalidade da lei, matéria como já dito antes, reservada na nossa Carta Magna ao Poder Judiciário.

Quanto à ilegalidade argüida pela recorrente na aplicação dos juros de mora, o artigo 161, § 1º, do CTN estabelece que o crédito tributário não integra



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

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 no próprio CTN ou em lei tributária. Já seu parágrafo 1º estabelece que, se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Em conformidade com citado dispositivo legal foram editadas leis que disciplinaram a aplicação dos juros de mora, nas quais foram estabelecidos percentuais acima de 1% (um por cento). Como essas leis vigoram os juros de mora aplicados estão corretos, pois estão de acordo com as normas legais aplicáveis.

g) – Multa

Esclareça-se que a legislação aplicável à multa de ofício é a Lei nº 9.430/96, por força do artigo 106, inciso II, do CTN, que determina no caso de penalidade a aplicação de penalidade menos severa que a vigente no tempo de sua prática, no presente caso até o ano-calendário de 1996, a multa de ofício a ser aplicada seria de 300%, com benefício da retroatividade benigna esta foi reduzida para 150% art. 44, II da Lei nº 9.430/96.

A multa aplicada guarda consonância com a legislação de regência por isto não que se falar em confisco. No presente caso é cabível o agravamento da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, pois a contribuinte agiu com evidente intuito de fraude, na forma da situação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/64.

A multa aplicada de 150% por evidente intuito de fraude, como previsto nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502/64, deve prevalecer. Para sua correta incidência há que estar caracterizado o evidente intuito de fraude.

Segundo Luciano Amaro, a noção de infração é traduzida numa conduta (omissiva ou comissiva) contrária ao direito, ensejando a aplicação de remédios legais



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

que buscam repor a situação requerida pelo direito ou reparar o dano causado ao direito alheio.

No direito tributário, a infração pode acarretar diferentes conseqüências e, dependendo da gravidade da ilicitude a sanção pode ser mais ou menos severa, mas sempre prevista em lei, em função do princípio da legalidade.

Ainda segundo este tributarista, a qualificação da gravidade da infração é jurídico-positiva, vale dizer, é o legislador que avalia a maior ou menor gravidade de certa conduta ilícita para cominar ao agente uma sanção de maior ou menor severidade.

Neste ponto, dependendo do nível de gravidade da infração, segundo avaliação do legislador, podem advir as penas pecuniárias e aquelas conceituadas como crimes, que ensejam a aplicação das chamadas sanções penais ou criminais. Estas últimas estão definidas na Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária.

Nas sanções administrativas as multas pecuniárias, especialmente as decorrentes de ofício, estão definidas no art. 957 do RIR/99. Neste capítulo as multas agravadas trazem a definição legal no inciso II, deste artigo, que delimitam a aplicação da multa agravada de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Neste contexto, a multa agravada deve ser caracterizada por atos praticados nos termos e limites definidos nos arts. 71 e 73, nos casos de evidente intuito de fraude.

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 excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou evitar ou deferir o seu pagamento.

Handwritten signature



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

A irregularidade praticada pela recorrente tem fundamento em conta bancária a margem da escrituração comercial e fiscal, descoberta através de um cheque surgido na CPI dos Títulos Públicos, houve distorção das formas jurídicas e caracterizou falsidade material ou ideológica. O Fisco somente tomou conhecimento dos recursos depositados na referida conta bancária, somente após a transferência do sigilo bancário transferido para a Secretaria de Receita Federal, mediante autorização judicial.

A infração fiscal cometida como se ver decorreu de omissão de receitas caracterizadas por conta bancária a margem da contabilidade por vários, com recebimentos de diversas importâncias de depósitos bancários evidenciando a ação tendente a impedir a ocorrência do fato gerador, o que autorizam a qualificação de evidente intuito de fraude, vez que restou identificado o uso de artifícios, ardis ou outros meios similares para burlar o Fisco.

Desta forma, deve ser mantida a multa agravada no percentual de 150%.

O percentual da multa aplicada não agride o princípio constitucional da vedação do confisco, pois esse é direcionado aos tributos e não às penalidades:

i) – Pedido de Perícia

A decisão recorrida não acolheu o pedido de perícia formulado pela contribuinte, sob o argumento de que o pedido não obedeceu aos requisitos estabelecidos no art. 16 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972 (processo administrativo fiscal), e alterações posteriores.

A decisão de Primeira Instância, também rejeitou o pedido de perícia requerido na impugnação, porque a interessada não demonstrou elementos que suscitem dúvidas quanto às constatações da fiscalização. Cabia à impugnante apresentar demonstrativo de apuração que se opusesse ao elaborado pela fiscalização, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. A jurisprudência administrativa é pacífica sobre o tema.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.008763/2001-61
Acórdão nº : 103-21.427

Como a recorrente não traz aos autos elementos que demonstrem a necessidade da realização de perícia pretendida, esta descaracterizado o cerceamento do direito de defesa diante da negativa atendimento da perícia. A decisão recorrida não merece nenhum reparo neste aspecto.

Diante do exposto, conclui-se que não cabe a reforma da decisão de Primeira Instância, e conseqüentemente, rejeita-se a nulidade do débito consolidado, extinguindo o processo administrativo.

Assim, oriento meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e no mérito Negar provimento ao recurso interposto pela interessada.

Sala das Sessões - DF, em 05 de novembro de 2003


NADJA RODRIGUES ROMERO

