



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Recurso nº : 148.938
Matéria : IRPJ e OUTROS - EXS.: 2000 a 2004
Recorrente : 4ª TURMA/DRJ em FLORIÁNOPOLIS/SC E CÍRIO
ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA.
Sessão de : 25 DE ABRIL DE 2007
Acórdão nº : 105-16.397

RECURSO DE OFÍCIO - IRPJ - CSLL - TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL - Se a fiscalizada afirma não possuir a escrituração contábil, não há como sustentar a tributação com base no lucro real, ainda que tenha apresentado a DIPJ naquela modalidade de apuração de resultados.

Recurso de ofício conhecido e improvido.

RECURSO VOLUNTÁRIO - PRELIMINAR - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - Eventuais irregularidades constatadas na emissão de MPF, sua prorrogação ou sua execução não acarretam a nulidade do lançamento posto que o auditor fiscal da receita federal tenha competência legal para formalizar a exigência de crédito tributário. Os lançamentos reflexivos com base nos mesmos elementos de prova estão incluídos no procedimento de fiscalização independentemente de menção expressa no MPF (Art. 9º da Portaria SRF nº 1.265/99).

PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO - DOCUMENTÁRIO FISCAL E ARQUIVOS MAGNÉTICOS - O documentário fiscal e arquivos magnéticos encaminhados pelo Departamento de Polícia Federal constitui prova lícita para a formalização da exigência de créditos tributários. Não cabe a autoridade julgadora administrativa julgar a legalidade ou não dos mandados expedidos pela autoridade judicial para a ação dos policiais federais.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - Quando o sujeito passivo apresentou a DIPJ tributando os resultados apurados na modalidade de lucro arbitrado e diante da confissão expressa de que não tem escrituração contábil, é cabível o lançamento de ofício com base no lucro arbitrado.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - RECEITA BRUTA CONHECIDA - Inexistindo escrituração contábil, considera-se receita bruta conhecida, os resultados apurados nas operações de 'factoring' registrados nos arquivos magnéticos, como livros auxiliares.

IRPJ - CSLL - ARBITRAMENTO DE LUCRO - RECEITA DE JUROS E DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS - As receitas líquidas de aplicações financeiras e de juros, por força do disposto no artigo 536, do RIR/99, devem ser adicionadas ao lucro arbitrado para constituir a base de cálculo de IRPJ e CSLL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

COFINS - PIS/FATURAMENTO - LANÇAMENTO - BASE DE CÁLCULO - ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 1998 - INCONSTITUCIONALIDADE DECRETADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DECRETO Nº 2.346, DE 10/10/1997 - Face ao decidido pelo Tribunal Pleno Supremo Tribunal Federal decretando a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998, não pode subsistir o lançamento da COFINS e do PIS/FATURAMENTO incidente sobre receitas financeiras.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA - No lançamento de ofício, quando o contribuinte além de sonegar informações para a fiscalização utiliza de meios para dificultar o conhecimento da autoridade tributária da ocorrência dos fatos geradores, justificam a aplicação da multa de 225%.

*NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: Mantida a multa qualificada o início da contagem do prazo decadencial desloca-se do fato gerador (art. 150 § 4º do CTN) para o primeiro dia do exercício seguinte àquele no qual o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173-I do CTN).

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - A cobrança de juros moratórios sobre débitos de tributos e contribuições pela taxa Selic está consoante com a legislação tributária vigente e consagrada pela jurisprudência administrativa.

Recurso voluntário conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos recursos interpostos pela 4ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO em FLORIANÓPOLIS/SC e CÍRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Recurso de ofício: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Daniel Sahagoff, Wilson Fernandes Guimarães e Marcos Rodrigues de Mello que davam provimento. Recurso voluntário: Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão recorrida, por maioria de votos, AFASTAR a tributação do PIS e da COFINS bases de cálculo 2.799.790,43 no ano de 2002 e 1.693.620,18 no ano de 2003, Vencidos os Conselheiros Luís Alberto Bacelar Vidal, Wilson Fernandes Guimarães e Marcos Rodrigues de Mello. Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso em relação ao IRPJ e CSLL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de decadência do PIS E COFINS, e manter a multa de 225%. Vencidos os Conselheiros José Carlos Passuello (Relator) e Irineu Bianchi que a reduziam para 75%, e o Conselheiro Roberto Bekierman (Suplente Convocado) que a reduzia para 112,5% e por consequência acolhiam, a preliminar de decadência. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Sahagoff.

JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE REDATOR DESIGNADO AH HOC

FORMALIZADO/EM: 22 JAN 2008

Ausente, justificadamente o Conselheiro EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Recurso nº : 148.938
Recorrente : 4ª TURMA/DRJ em FLORIÁNOPOLIS/SC E CÍRIO
ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA.

RELATÓRIO

A empresa CÍRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob nº 91.611.046/0001-00, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis(SC), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a sua reforma.

A exigência inicialmente formulada nestes autos refere-se a seguintes tributos e contribuições:

TRIBUTOS	LANÇADOS	JUROS	MULTAS	TOTAIS
IRPJ	5.489.328,35	2.477.366,84	12.350.988,76	20.317.683,95
CSLL	1.965.854,62	929.657,11	4.423.172,83	7.318.684,56
COFINS	749.371,70	358.123,72	1.686.086,12	2.793.581,54
PIS/FAT	162.763,09	77.995,57	366.216,74	606.975,40
TOTAIS	8.367.317,76	3.843.143,24	18.826.464,45	31.036.925,45

Este crédito tributário diz respeito aos anos-calendário de 1999 a 2002 mediante tributação do lucro real e ao ano-calendário de 2003 quando a tributação deu-se com base no lucro arbitrado tendo em vista que o sujeito passivo havia optado pela tributação nesta modalidade na sua DIPJ.

O lucro real e o lucro líquido para a incidência de IRPJ e CSLL, correspondem as receitas consideradas omitidas e contidas nos arquivos magnéticos apreendidos pela Polícia Federal e denominados "LUCPRE99.XLS", "LUCPRE00.XLS", "LUCPRE01.XLS" e "LUCPRE2002.XLS", nos anos-calendário de 1999 a 2002 foram as seguintes:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

RECEITAS	1999	2000	2001	2002
OMITIDAS	3.124.429,25	3.775.362,75	4.497.313,04	4.300.648,01
FINANCEIRAS	0	0	0	2.799.790,43
TOTAIS	3.124.429,25	3.775.362,75	4.497.313,04	7.100.438,44

Este lançamento relativo aos anos-calendário de 1999 a 2002, foi julgado improcedente em decisão de 1º grau tendo em vista que o sujeito passivo não apresentou a escrituração contábil mesmo depois de intimado por inúmeras vezes, sob a alegação de que não possuía a referida escrituração.

No ano-calendário de 2003, a fiscalização adotou as seguintes receitas brutas, constantes de arquivos magnéticos apreendidos pela Polícia Federal e denominados "DEMO TIT OPERADOS.XLS", para fins de arbitramento de lucro e, também, outras receitas para encontrar as bases de cálculo trimestrais:

PERÍODO DO FATO GERADOR	RECEITAS OPERACIONAIS	% DE ARBITRA	LUCRO ARBITRADO	OUTRAS RECEITAS	BASE DE CÁLCULO
1º TRIMESTRE	740.591,83	38,40	284.387,26	529.204,65	813.591,91
2º TRIMESTRE	1.396.134,91	38,40	536.115,81	533.669,67	1.069.785,48
3º TRIMESTRE	1.469.246,99	38,40	564.190,84	494.096,87	1.058.287,71
4º TRIMESTRE	1.243.375,33	38,40	477.456,13	136.648,99	614.105,12
TOTAIS	4.849.349,06	-	1.862.150,04	1.693.620,18	3.555.770,22

Esta exigência foi mantida na decisão de 1º grau. A manutenção do lançamento deu-se em virtude de o sujeito passivo ter optado pela tributação com base no lucro arbitrado por falta de escrituração contábil.

As bases de cálculo das contribuições para a COFINS e para o PIS/FATURAMENTO foram obtidas pela fiscalização através das planilhas de cálculo contidas em arquivos de microcomputador e arquivos auxiliares apreendidos pelos agentes da Polícia Federal com os seguintes títulos: DEMO TIT OPERADOS.XLS, LUCPRE99.XLS, LUCPRE00.XLS, LUCPRE01.XLS, LUCPRE02.XLS, DFAREG.XLS e DFACTR.XLS :

PERÍODO	LUCPRE99 XLS - 1999	LUCPRE00 XLS - 2000	LUCPRE01 XLS - 2001	LUCPRE02 XLS - 2002	DEMO TIT OPERADOS XLS - 2002	DFAREG.XLS 2003	DFACTR.XLS 2003
31/01	184.335,89	249.994,57	292.400,36	359.301,31	268.317,96	201.460,38	209.551,01
28/02	268.746,34	300.340,01	268.834,29	355.213,27	179.549,33	260.854,42	161.480,35
31/03	233.761,70	321.525,76	348.118,65	381.917,72	240.035,22	278.277,03	158.173,29
30/04	209.031,07	283.747,77	372.667,74	447.685,91	314.606,67	358.393,28	41.402,38
31/05	249.992,01	284.491,49	374.788,33	409.907,02	229.429,33	488.137,60	277.056,02
30/06	270.570,64	285.791,22	365.754,81	292.189,03	225.999,62	549.604,03	215.211,27



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

31/07	255.060,52	302.032,64	404.165,64	250.725,41	274.041,31	551.197,85	196.790,11
31/08	296.755,78	376.686,15	441.751,17	297.388,80	183.709,75	445.332,10	285.508,25
30/09	294.143,31	336.570,80	339.350,88	541.233,70	331.364,52	472.717,04	11.798,51
31/10	297.420,07	354.283,64	436.078,00	360.627,93	214.421,00	455.281,75	46.295,84
30/11	286.874,70	365.604,95	466.348,50	315.653,07	206.786,72	415.515,09	30.577,22
31/12	277.737,22	314.293,75	387.054,67	288.804,84	131.530,00	372.578,49	59.775,93
TOTAIS	3.124.429,25	3.775.362,75	4.497.313,04	4.300.648,01	2.799.791,43	4.849.349,06	1.693.620,18

Na decisão de 1º grau, de fls. 636 a 704, as diversas preliminares suscitadas foram rejeitadas e, no mérito, o lançamento foi julgado parcialmente procedente com o cancelamento da exigência de IRPJ e CSLL, dos anos-calendário de 1999 a 2002.

A decisão recorrida, após judiciosas considerações, adotou como fundamento de sua convicção, relativamente a IRPJ e CSLL, as seguintes assertivas (fls. 703 e 704):

"Conforme apreciação feita em relação ao lançamento de IRPJ, essa exigência não restou procedente em relação aos anos-calendário de 1999 a 2002, em função especificamente do regime de tributação que foi adotado, mas sem que fosse evidenciada mácula no levantamento fiscal de receitas omitidas. O lançamento de CSLL referente a estes mesmos períodos também não subsiste em razão da utilização do mesmo regime de tributação equivocado.

Para essas duas exações, foram mantidas apenas as parcelas pertinentes ao ano-calendário de 2003, em que houve o arbitramento do lucro."

Como se vê, a decisão recorrida confirmou a existência de omissão de receita e, por este motivo os lançamentos correspondentes à COFINS e ao PIS/FATURAMENTO que incidem sobre as receitas brutas foram mantidos, mas cancelou os lançamentos relativos ao IRPJ e CSLL por constatar que a fiscalização adotou forma de tributação incompatível com as irregularidades apuradas (fls. 704).

A ementa da decisão recorrida esta assim redigida:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MATÉRIA PROCEDIMENTAL. RETROATIVIDADE. *Aplica-se ao lançamento à legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. HIPÓTESE. As informações referentes à movimentação bancária do contribuinte, podem ser obtidas pelo fisco junto às instituições financeiras, no âmbito de procedimento de fiscalização em curso, quando ocorrer embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF). AUSÊNCIA DO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. Verificando-se nos autos que a RMF foi emitida nas situações previstas na legislação e foi expedida por agente competente, não há que se falar em nulidade do procedimento ainda que não conste um relatório circunstanciando a hipótese de indispensabilidade da RMF.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE. MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. A apreciação de argüições de ilegalidade de mandado judicial extrapola a esfera de competência do juízo administrativo, ante a supremacia das decisões judiciais sobre as decisões proferidas em processo administrativo.

ARGÜIÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS. MANDADO JUDICIAL. LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO. É legítimo o lançamento decorrente de procedimento de fiscalização em que são utilizadas provas obtidas a partir de execução de Mandado de Busca e Apreensão, expedido por autoridade judicial.



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

AÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCARACTERIZAÇÃO. Além de a ação fiscal estar predominantemente submetida ao princípio inquisitório, ainda mais descaracterizado fica o cerceamento do direito de defesa nos procedimentos ex officio, quando resta demonstrado que os levantamentos fiscais limitaram-se aos arquivos do próprio contribuinte.

MATÉRIA DE FATO. COMPROVAÇÃO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. A comprovação material é passível de ser produzida não apenas a partir de uma prova única, concludente por si só, mas também como resultado de um conjunto de indícios que, se isoladamente nada atestam, agrupados tem o condão de estabelecer a inequivocidade de uma dada situação de fato. Nestes casos, a comprovação é deduzida como consequência lógica destes vários elementos de prova, não se confundindo com as hipóteses de presunção.

RECEITA OMITIDA. CARACTERIZAÇÃO. Provado nos autos que os arquivos magnéticos apreendidos registram receitas efetivamente auferidas pela pessoa jurídica, em montante superior aos valores declarados espontaneamente, resta configurada a existência de receita subtraída ao crivo da tributação.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS E COFINS. Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

ARBITRAMENTO DE LUCROS. INEXISTÊNCIA OU NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO CONTÁBIL E FISCAL. CABIMENTO. A inexistência ou a não apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais impõe o arbitramento do lucro da pessoa jurídica.

RECEITA BRUTA. CONCEITO. A receita bruta como definida pelo art. 279 do RIR/99, denota conceito de ingressos de numerários de forma permanente (produto das vendas/prestação de serviços), inaplicando-se, em sua composição, as demais receitas transitórias ou incertas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO POR FRAUDE. APLICABILIDADE. É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. APLICABILIDADE. Acarreta o agravamento da multa de ofício a falta de apresentação dos arquivos ou sistemas previstos no art. 265 do RIR/99, ou da documentação técnica de que trata o art. 267 do RIR/99.

PRAZO DECADENCIAL. O direito de a Fazenda Pública apurar e constituir seus créditos relativos ao PIS e à COFINS extingue-se após dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Lançamento Procedente em Parte."

Após a decisão de 1º grau, o crédito mantido ficou reduzido conforme planilha abaixo:

TRIBUTOS	LANÇADOS	JUROS	MULTAS	TOTAIS
IRPJ	864.942,50	149.463,33	1.946.120,62	2.960.526,45
CSLL	204.798,77	36.794,72	460.797,22	702.390,71
COFINS	749.371,70	358.123,72	1.686.086,12	2.793.581,54
PIS/FAT	162.763,09	77.995,57	366.216,74	606.975,40
TOTAIS	1.981.876,06	622.377,34	4.459.220,70	7.063.474,10

O Presidente da 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis(SC) interpôs recurso de ofício relativamente ao lançamento julgado improcedente, ou seja, a tributação de IRPJ e CSLL na forma de lucro real e lucro líquido nos anos-base de 1999, 2000, 2001 e 2002.

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de 1º grau no dia 31 de agosto de 2005 e no dia 05 de setembro do mesmo ano, interpôs Embargos de Declaração, as fls. 713 a 721, com o seguinte pleito:

a) recebimento da petição com base no artigo 32, do Decreto nº 70.235/72 e;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

b) reconhecimento do lapso quanto à possibilidade de afastar o lançamento principal (IRPJ) e manter as exigências de PIS e COFINS, uma vez que são decorrentes do primeiro e a decisão para um deve ser aplicada aos outros;

c) reconhecimento do lapso quanto à possibilidade de manter os lançamentos do PIS e da COFINS sem que haja Mandado de Procedimento Fiscal específico para tais contribuições, o que fere os artigos 2º e 10, da Portaria SRF nº 3.0078/01; e,

d) nos termos do artigo 22, § 1º, da Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001, a prolação de novo acórdão fazendo menção expressa sobre a reabertura do prazo do Recurso para toda a matéria objeto da impugnação, não apenas a tratada nos presentes embargos, a fim de que reste dúvida, evitando que a Requerente seja prejudicada em relação à expiração do prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação do Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes.

Este pleito não foi conhecido pelo Presidente da Quarta Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis(SC) por absoluta falta de previsão legal e, também, porque o pedido não se mostra como meio de saneamento de contradição, mas sim como via de discordância do entendimento adotado na decisão, ou seja, exteriorizam mais o inconformismo do interessado quanto ao conteúdo da decisão de mérito no acórdão ora atacado.

Este despacho foi encaminhado à Delegacia da Receita Federal em Florianópolis(SC) que entregou a cópia do Acórdão e deu ciência do COMUNICADO (fls. 744) datado de 28 de setembro de 2005, explicitando que o prazo para pagamento ou interposição de recurso voluntário fica mantido o constante da intimação emitida em 25 de agosto de 2005, com ciência em 31 de agosto de 2005.

O recurso voluntário, de fls. 747 a 851, que apresenta ~~carimbo~~ provavelmente relativo ao protocolo datado de 03 de outubro de 2005, expôs minuciosamente as suas razões de inconformidade com a decisão recorrida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Entre outras considerações, a recorrente levanta inúmeras preliminares que podem ser sintetizadas nos seguintes tópicos:

a) nulidade do lançamento em virtude de irregularidade no MPF – Mandado de Procedimento Fiscal (ausência de autorização específica para lançamento da COFINS e do PIS/FATURAMENTO, falta de fundamentação e relatório circunstanciado para sua emissão) e pelo fato de ter se embasado em provas obtidas ilicitamente pela fiscalização (quebra de sigilo bancário sem autorização da autoridade judicial, busca e apreensão realizada pelas autoridades policiais no Estado do Rio Grande do Sul e sem embasamento em autoridade judiciária competente que possua jurisdição no local de diligências; falta de lacres nos documentos fiscais apreendidos; rompimento de lacres efetuados e manuseio dos materiais apreendidos, inclusive a degravação dos meios eletrônicos sem a presença de representante legal da empresa e realização de perícia em desacordo com os dispositivos do Código de Processo Penal) e, ainda, a decadência do direito de constituir crédito tributário relativo à COFINS e ao PIS/FATURAMENTO, do período de janeiro a outubro de 1999, com apoio no artigo 150, § 4º, do CTN;

b) nulidade da decisão recorrida em razão da incompetência das autoridades julgadoras em inovar os fundamentos legais e aperfeiçoamento do lançamento quando: (a) transcreve todos os incisos do artigo 3º do Decreto nº 3.724, destacando o inciso VII, por remeter às hipóteses previstas no art. 33 da Lei nº 9.430/96, bem como quando (b) cita e transcreve este artigo 33, da Lei nº 9.430/96 e ao descrever e enquadrar a situação fática do embargo aos novos dispositivos legais citados na decisão, na tentativa de suprir a omissão na constituição do crédito tributário; e, (c) na tentativa de demonstrar a legitimidade do lançamento da multa agravada, a qual foi fundamentada pelos lançadores no artigo 267, do RIR/99, a decisão inova ao trazer ao processo o artigo 265, do mesmo RIR/99 e justifica a utilização deste dispositivo em virtude de capitular um dos motivos que autorizam o agravamento previsto no artigo 959 do RIR/99 e, mais, a inovação continua quando a decisão cita o artigo 11 da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pelo MP nº 2.158-35/01, por ser a base legal do artigo 265, do RIR/99, bem como em função de obrigar todas as pessoas jurídicas que utilizem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

sistemas de processamento de dados a disponibilizarem os arquivos magnéticos à fiscalização.

No mérito, a recorrente manifesta inconformidade quanto à manutenção dos lançamentos relativos a contribuições para a COFINS e para o PIS/FATURAMENTO, por entender que os lançamentos reflexivos devem acompanhar ao que foi decidido no lançamento principal e correspondente a IRPJ e acrescenta os seguintes argumentos:

a) cancelamento da exigência relativa às receitas a título de reembolso de tarifas bancárias posto que o adiantamento de despesas de terceiros não configura receita e conseqüentemente não é fato gerador da COFINS e do PIS/FATURAMENTO ou do IRPJ e da CSLL no caso de lucro arbitrado;

b) cancelamento da exigência sobre juros dobrados sobre os títulos cujos pagamentos ocorreram após os respectivos vencimentos, sob o fundamento de que o demonstrativo apresentado pela fiscalização (Anexo 07) não permite a verificação das afirmações e a conferência dos valores, ora tributados, em virtude da ausência do termo inicial dos juros a que se refere o quadro 11 – fl. 28 do Termo de Verificação e a ausência de menção dos juros sobre os quais os "val. Juros" (coluna 09, do anexo 07) foram calculados (item 'i.1') e, alternativamente a inclusão destes juros cobrados como receitas operacionais, que redundaria na necessidade de aplicação de percentual do lucro arbitrado para fins de apuração do lucro do exercício, afastando a inclusão dos valores diretamente como lucro (na base de cálculo) período (item 'i.2');

c) quanto a parcela considerada omitida a título de 'outras receitas financeiras', no ano-calendário de 2003, descrita no quadro 10 (fl. 27, do Termo de Verificação) e no item 002 do Auto de Infração, requer o cancelamento da exigência posto que não restou demonstrado a que se referem tais valores, visto que não são decorrentes de 'juros cobrados sobre os títulos cujos pagamentos ocorreram após os respectivos vencimentos' (tributados em item próprio) e não se refere às aplicações bancárias, uma vez que as informações apresentadas pela contribuinte conferem com as das instituições financeiras (fls. 217 e 218), não havendo qualquer discrepância, exceto pelas presunções da fiscalização não comprovadas (item 'j');



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

d) afastamento da multa agravada com base no artigo 267 e 959 do RIR/99, em virtude da impossibilidade de verificar-se qual foi exatamente o inciso do artigo 959 que motivou o referido agravamento e, ainda, pelo fato de o lançamento ter sido baseado unicamente em documentos eletrônicos ou outros meios colocados à disposição da fiscalização e, também, em face ao pronto e preciso atendimento pelo sujeito passivo às intimações expedidas pela fiscalização que demonstra a inocorrência da recusa na apresentação dos livros contábeis, mas sim impossibilidade de atendimento pela inexistência da documentação solicitada; e, alternativamente, o afastamento do agravamento da multa sobre períodos posteriores a agosto de 2003, uma vez que não é possível a aplicação da multa agravada sobre períodos não abrangidos pela MPF quando das referidas intimações (item m'.4.1);

e) ao final, solicita seja afastada a aplicação dos juros pela taxa SELIC.

Ainda, consta do relatório de encerramento da fiscalização (fls. 272 a menção a irregularidades relativas ao IOF e que elas constituem o processo nº 11516.002281/2004,83, que não serão tratadas no presente voto.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

VOTO VENCIDO

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

Versam os autos do recurso de ofício sobre o cancelamento do lançamento do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 1999 a 2002 e do recurso voluntário sobre o lançamento da COFINS e do PIS/FATURAMENTO nos anos-calendário de 1999 a 2003 e, também, do IRPJ e da CSLL, no ano-calendário de 2003.

RECURSO DE OFÍCIO

Nos anos-calendário de 1999 a 2002, o IRPJ incidiu sobre o lucro real e a CSLL sobre o lucro líquido, e tanto o lucro real como o lucro líquido foi obtido através das planilhas contidas nos arquivos eletrônicos mantidas pelo sujeito passivo e apreendidos pelos agentes do Departamento de Polícia Federal.

A decisão de 1º grau exonerou a tributação com base no lucro real (IRPJ) e no lucro líquido (CSLL) tendo em vista que o sujeito passivo confessou não possuir escrituração contábil e nem o LALUR para apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

A decisão recorrida firmou convicção sobre a improcedência da tributação, nos anos-calendário de 1999 a 2002, com base no lucro real e lucro líquido, às fls. 688 e 689, e registrou os seguintes argumentos:

"A escrituração contábil e fiscal do período não foi apresentada à fiscalização, não obstante reiteradas intimações para que a documentação fosse produzida e apresentada. A falta de apresentação da documentação que registrasse a atividade da empresa foi, inclusive, um dos motivos que ensejou a lavratura do Termo de Embaraço e Intimação Fiscal, que culminou com a expedição de Mandado de Busca e Apreensão, após representação ao Ministério Público Federal. Realizadas as diligências policiais junto aos estabelecimentos da empresa, a escrituração contábil e fiscal não foi encontrada."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Caracterizada assim a não apresentação dessa escrituração, a legislação determina o arbitramento do lucro conforme prescreve o inciso I, do artigo 530, do RIR/99.

A situação encontrada conforma-se nessa hipótese legal de arbitramento, sendo relevante lembrar que a empresa que explora a atividade de 'factoring' é obrigada à tributação com base no lucro real, nos termos do inciso VI, do artigo 14 da Lei nº 9.718/98.

...
No caso em análise, a escrituração nem mesmo foi apresentada em qualquer momento, apesar de a fiscalização ter oferecido várias oportunidades para que isso fosse providenciado. Nesta situação, a adoção do arbitramento do lucro ficaria definitivamente estabelecida, mesmo que a escrituração fosse apresentada após a concretização do lançamento.

...
Como demonstrado, incabível é a manutenção do regime de apuração pelo lucro real, razão pela qual não pode prevalecer a autuação no que concerne à exigência do IRPJ dos anos-calendário de 1999 a 2002. Remanesce então o lançamento referente ao ano-calendário de 2003, no qual foi utilizado o regime de lucro arbitrado."

Aparentemente, o sujeito passivo possuía a escrituração contábil, conforme registro do número do livro Diário nas DIPJs apresentadas nos respectivos prazos, mas sem o exame da escrituração contábil torna-se impossível a verificação do lucro real apurado e, portanto, não poderia cogitar-se de lançamento suplementar com base no lucro real.

Assim, restar-se-ia uma única alternativa qual seja a de tributação com base no lucro arbitrado como, de fato, concluiu a decisão recorrida, aliás e diga-se de passagem muito bem elaborada e não merece qualquer crítica por parte deste Colegiado.

Desta forma, proponho seja negado provimento ao recurso de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário versa sobre a tributação, no ano calendário de 2003, com base no lucro arbitrado (IRPJ/CSLL) e tributação da COFINS e do PIS/FATURAMENTO, nos anos-calendário de 1999 a 2003, com base na receita bruta



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

adicional apurada nos valores registrados nas planilhas auxiliares dos arquivos magnéticos apreendidos pelo Departamento de Polícia Federal, em cumprimento a determinação da autoridade judicial.

Cientificado da decisão de 1º grau, no dia 31 de agosto de 2005 (A.R., de fl. 712, o sujeito passivo apresentou **Requerimento de Esclarecimento** (Embargos Declaratórios), de fls. 713 a 721, com pretensão fundamentada no artigo 32, do Decreto nº 70.235/72 e no artigo 535, inciso I e II, do Código de Processo Civil, cujo pleito não foi conhecido pelo Presidente da 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (SC), com o seguinte despacho:

"Nos termos da legislação processual administrativa, percebe-se que o único recurso cabível contra as decisões prolatadas pelas Delegacias de Julgamento é o pedido "para correção de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e a erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão" (art. 27 da Portaria MF nº 258, de 24/08/2001). Não há, à evidência, previsão para a oposição de embargos declaratórios, recursos estes que se destinam ao saneamento de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão.

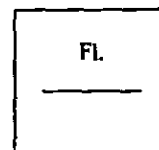
Assim, não há como conhecer dos embargos propostos, por absoluta falta de previsão legal. Para além disso, entretanto, há que se dizer que mesmo que se entendesse cabíveis os embargos contra as decisões das DRJs, certo é que mesmo assim o recurso proposto não poderia ser conhecido; é que os embargos apresentados não se mostram, em verdade, como meio de saneamento de contradição, mas sim como via de discordância do entendimento adotado na decisão, ou seja, exteriorizam mais o inconformismo do interessado quanto ao conteúdo da decisão de mérito da DRJ/Florianópolis(SC) no acórdão ora atacado.

É assim que, como se disse, não há como conhecer dos embargos propostos pelo interessado."

Este despacho foi objeto de COMUNICAÇÃO Nº 28/09/2005-01, de 28 de setembro de 2005 (fl. 744) cientificado ao sujeito passivo, sem identificação da data da ciência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

O recurso voluntário, de fls. 747 a 851, contendo as razões de defesa da empresa quanto à preliminar e mérito da exigência apresenta carimbo da Repartição, provavelmente referente ao seu protocolo datado de 03 de outubro de 2005..

Como registrado acima, o sujeito passivo foi cientificado da decisão de 1º grau, no dia 31 de agosto de 2005 (quarta feira) e, portanto, no dia 30 de setembro de 2005 (sexta feira), esgotou-se o prazo recursal de 30 (trinta) dias.

De acordo com o artigo 210 do Código Tributário Nacional, os prazos fixados na legislação tributária são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o de vencimento e desta forma, se o sujeito passivo foi cientificado da decisão no dia 31 de agosto de 2005, inicia-se a contagem do prazo no dia 1º de setembro de 2005 e, portanto, o dia do vencimento seria de 30 de setembro de 2005. No caso em tela, o vencimento deu-se no dia 30 de setembro de 2005, numa sexta feira, dia útil e, portanto, não prorrogável para o dia útil seguinte já que se trata de vencimento.

Com isso o carimbo de protocolo datado de 03 de outubro de 2005 indica provável intempestividade do apelo.

Entretanto, em 28 de fevereiro de 2007, a recorrente juntou aos autos correspondência anexada às fls. 912/913, comunicando que o recurso voluntário foi postado no dia 30 de setembro de 2005, conforme comprovantes anexados as fls. 914/915.

A fl. 914, foi anexado o comprovante da entrega por CAPELLA FOGAÇA E SUZIN de um documento a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com AR - Aviso de Recebimento (SS977941764BR) e na folha seguinte consta o comprovante AR, enviado por CIRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA., no dia 30/09/2005, e recebido pela DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM FLORIANÓPOLIS(SC), no dia 03/10/2005, onde ficou registrado que a correspondência refere-se a RECURSO VOLUNTÁRIO NO PROCESSO Nº 11516.001989/2004-17.

Em verdade, já constava do processo a fls. 905 um envelope expedido por Capella, Fogaça e Suzin endereçado à Agência da Receita Federal em Florianópolis,



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

porém a falta de identificação do conteúdo e a falta de qualquer referência a ele pela Repartição não permitiu vislumbrar que continha o recurso Voluntário. Nele consta etiqueta com código de barras, emitida pelos Correios – SEDEX onde consta o número SS 97794176 4 BR.

No despacho de fls. 911, de encaminhamento do recurso a este Colegiado, a autoridade administrativa não fez qualquer menção a isso, talvez diante da tempestividade constatada.

Desta forma, não resta qualquer margem de dúvida que o recurso voluntário foi interposto no prazo legal e tendo em vista o cumprimento de normas relativas a arrolamento de bens, deve ser conhecido.

O arrolamento de bens foi mencionado no despacho de fls. 911, que serviu para o encaminhamento do recurso a este Colegiado, dando conta de que se fez, por procedimento de ofício da fiscalização, no processo nº 11516-002.670/2004-17.

PRELIMINARES SUSCITADAS

As razões preliminares suscitadas pela recorrente referem-se às supostas irregularidades que teriam sido cometidas na emissão e cumprimento do MPF - Mandado de Procedimento Fiscal.

O MPF é um instrumento auxiliar no acompanhamento e controle das atividades da fiscalização e, portanto, quaisquer irregularidades ou erros que tenham sido verificadas não acarretam a nulidade do lançamento, conforme jurisprudência dominante neste Colegiado.

De fato, a atividade de lançamento está devidamente posicionada no artigo 142, do Código Tributário Nacional e o Auditor Fiscal da Receita Federal tem competência legal para constituir crédito tributário conforme disposto no artigo 6º inciso I, da Lei nº 10.593, de 06/12/2002, com a seguinte redação:

"Art. 6º - São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I – em caráter privativo;

*a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário.**

Desta forma, qualquer irregularidade, porventura, constatada na emissão ou na execução do Mandado de Procedimento Fiscal não acarreta a nulidade do lançamento.

Sobre o tema, a jurisprudência administrativa já está firmemente assentada conforme as seguintes ementas:

****NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. MPF. O MPF é mero instrumento de controle gerencial interno da SRF, não influenciando na legitimidade do lançamento, ainda mais quando, não há qualquer irregularidade no referido Mandado de Procedimento Fiscal. Recurso não conhecido.*** (Ac. 204-01.417, de 28/06/2006).

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. Assim, o fato de haver contradição entre as datas em que houve a prorrogação do MPF e aquelas em que deste ato foi intimado o contribuinte não implica em nulidade do lançamento. Também, esta não se verifica se o Agente Fiscal responsável pelo MPF prorrogado for o mesmo daquele responsável pelos MPFs posteriores e pela autuação. O art. 16 da Portaria nº 3.007/2002, ainda que fosse vinculante, seria aplicável somente às situações em que houve extinção do Mandado de Procedimento Fiscal, o que não ocorreu no presente caso. (Ac.107-07.268, de 13/08/2003).

Por outro lado, o fato de não constar no Mandado de Procedimento Fiscal a autorização para a fiscalização da COFINS e do PIS/FATURAMENTO, não invalida o lançamento porquanto o artigo 9º da Portaria SRF nº 1.265/99, ressalva o seguinte:

****Art. 9º - Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova,***



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

*infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.**

Desta forma, os lançamentos ditos reflexivos estão autorizados no Mandado de Procedimento Fiscal inicial já que foram lançamentos com base nos mesmos elementos de prova.

Isso sem falar que se constituem em procedimentos de verificação obrigatória.

Quanto ao argumento de que o lançamento está fundado em provas obtidas ilicitamente, a decisão recorrida focalizou com muita propriedade a limitação da autoridade administrativa posto que a apreciação da legalidade do procedimento judicial extrapola a esfera de competência do juízo administrativo ante a supremacia das decisões judiciais sobre decisões proferidas em processo administrativo e, portanto, se o sujeito passivo pretende discutir a legalidade do mandado judicial, deve fazê-lo junto ao próprio Poder Judiciário.

O exame dos arquivos magnéticos pela autoridade lançadora foi autorizado pela autoridade judicial e não cabe a nulidade do lançamento, posto que inócorre qualquer hipótese prevista no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e, além disso, todos os argumentos repetidos pela recorrente foram examinados minuciosamente pela autoridade julgadora de 1º grau, e nada há para ser acrescentado, de forma que proponho seja declarada a concordância com os fundamentos adotadas naquela decisão na forma estabelecida no artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Quanto à alegada quebra do sigilo bancário, registre-se que o procedimento foi autorizado pela autoridade judicial e o Departamento de Polícia Federal, que tem jurisdição sobre todo o território nacional, fez as devidas apreensões e encaminhou o material apreendido para a Secretaria da Receita Federal.

A fiscalização da Secretaria da Receita Federal examinou toda documentação fiscal e arquivos magnéticos que foram regularmente encaminhadas pelo



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Departamento de Polícia Federal e, portanto, trata-se de materiais com origem legítima e não pode constituir prova ilícita.

A seqüência dos fatos ocorridos não constitui qualquer cerceamento do direito de ampla defesa do sujeito passivo e, portanto, sou pela rejeição das alegações relacionadas com a nulidade do lançamento.

A alegada nulidade da decisão de 1º grau face à alegada inovação dos fundamentos do lançamento é, também, inaceitável.

A decisão de 1º grau foi extremamente cuidadosa no exame das alegações expostas pelo sujeito passivo e o fato de a mesma mencionar alguns ou outros dispositivos legais para o reforço da tese não acarreta novo lançamento e nem inovação nele.

As questões relativas à aplicação da multa qualificada e multa agravada serão examinadas quando do exame do mérito do lançamento e, como consequência será apreciada a preliminar de decadência suscitada.

MÉRITO

No mérito, os argumentos expostos pela recorrente dizem respeito a impossibilidade de manutenção da exigência da COFINS e do PIS/FATURAMENTO quando cancelado o lançamento principal e relativo ao IRPJ.

Sobre o tema, este argumento é impróprio e impertinente posto que os fatos geradores da COFINS e do PIS/FATURAMENTO são distintos do fato gerador do IRPJ e da CSLL.

De fato, o fato gerador do IRPJ é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos de qualquer natureza e que pode ser mensurada na base de cálculo pelo lucro real, presumido ou arbitrado, enquanto que o fato gerador da COFINS e do PIS/FATURAMENTO é a receita bruta equivalente ao faturamento.



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Entretanto, e tendo em vista que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a exigência deve ser examinada à luz da legislação tributária aplicável e de conformidade com a jurisprudência judicial assentada.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 estabeleceu:

"Art. 2º - A contribuição de que trata o artigo anterior (PIS/PASEP e COFINS) será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza."

Posteriormente, a Lei nº 9.718, de 1998, veio a dispor que:

"Art. 2º - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei."

Art. 3º - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica."

§ 1º - Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

A alteração do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 foi objeto de muita celeuma e, ao final, foi objeto de decisão do **Tribunal Pleno** do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 390840/MG¹, em 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que decretou a inconstitucionalidade ao artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, com a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS –

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.gov.br e acesso em 09/04/2007.



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98.** A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvidas e da classificação contábil adotada.²

Além do fato de tratar-se de uma sentença do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo consistentemente no mesmo sentido, inclusive para a hipótese de incidência da COFINS², conforme a ementa abaixo transcrita:

***AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS. COFINS. LEI Nº 9.718/98.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, apreciou a questão. Ao fazê-lo, esta colenda Corte: a) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; e b) entendeu desnecessária, no caso específico, lei complementar para majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no inciso I do artigo 195 da Lei das Leis. No que diz respeito ao § 6º do art. 195 da Carta Magna, esta excelsa Corte já afirmou a orientação de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição (no caso, a MP 1.724/98). De outro giro, no julgamento do RE 336.134, Relator Ministro Ilmar Galvão, esta Suprema Corte reputou constitucional a compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, afastando, deste modo, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. Decisões no mesmo sentido: REs 388.992, Ministro Marco Aurélio, e 476.694, Relator Ministro Cezar Peluso,

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.gov.br e acesso em 09/04/2007.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

entre outras. Agravo Regimental desprovido. (RE-AgR 378.191/RJ – 1ª Turma - Min. Carlos Britto).

No mesmo sentido, os acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes recursos: RE-AgR 327.469/SC, RE-ED 368.468/PR, RE-AgR 378.191/RJ, RE-ED 379.243/PR, RE-AgR 404.207/RJ, RE-ED 410.691/MG, RE-AgR 419.010/RJ, RE-AgR 421.444/AL, RE-ED 455.197/DF, RE-ED 471.344/SP, RE-AgR 498.881/SP, RE-AgR 489.731/SP, RE-AgR 489.987/RS, RE-ED-AgR 495.727/SP, AC-MC 1.052/SP, AC 1.200 MC, AC 1.099 MC, AC1.169 MC, AC 1.184 MC, AC 1.190 MC, AC 1.205 MC, AC 1.214 MC e AC 1.222 MC³.

Diante de tantas sentenças do Supremo Tribunal Federal decretando a inconstitucionalidade o artigo 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e, ainda, tendo em vista que nos autos de infração, a fiscalização capitulou a infração nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, não vejo como deixar de cumprir a reiterada decisão da Corte Suprema.

A obediência as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal está prevista no art. 1º, do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que determinou:

"Art. 1º - As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observados pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º - Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal."

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.gov.br e acesso em 09/04/2007.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Aliás, a Douta Procuradoria da Fazenda Nacional já havia consignado o entendimento acima no Parecer PGFN/CRF nº 439/96 ⁴, no sentido de que quando a matéria já está pacificada nos tribunais federais, as autoridades julgadoras no âmbito administrativo podem seguir a orientação traçada pelo Poder Judiciário.

O caso dos autos, entendo, enquadra-se na orientação acima relatada.

Revendo os demonstrativos elaborados pela fiscalização a partir das planilhas contendo os registros da recorrente, encontro o demonstrativo de fls. 288 mensurando o item "*Receita Financeira Omitida*" no valor de R\$ 2.799.790,43, relativa aos doze meses do ano de 2002 e, a fls. 295, o demonstrativo que mede em R\$ 1.693.620,18 o item "*Receita Financeira Omitida*", dos meses de 2003.

Dessa forma proponho o provimento parcial ao recurso voluntário relativamente para excluir da tributação pelo Pis e pela Cofins, dos valores de R\$ 2.799.790,43 do ano de 2002 e de R\$ 1.693.620,18 do ano de 2003.

Relativamente às exigências de IRPJ e CSLL correspondentes ao ano-calendário de 2003, o lançamento está consoante com a legislação tributária vigente porquanto a receita bruta foi corretamente mensurada e obedeceu a opção manifestada pelo próprio sujeito passivo na DIPJ apresentada, tributando o lucro arbitrado.

A própria recorrente manifestou que não possui escrituração contábil e antecipou qualquer providência por parte da fiscalização com a tributação pela modalidade de lucro arbitrado.

As planilhas de cálculo contidas nos arquivos apreendidos representam as receitas auferidas pela recorrente no ano-calendário de 2003 e foram sintetizadas no Quadro 8-F e 9 (fl. 65) e registra de forma insofismável os títulos negociados e respectivas receitas auferidas, como segue:

⁴ OLIVEIRA DE MORAES, Luiz Fernando. Processo Administrativo – Competência do Conselho de Contribuintes para decidir sobre Matéria Constitucional. São Paulo: Revista Dialética nº 13, fls. 97/103.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17.
Acórdão nº : 105-16.397

MÊS	VALOR BRUTO	DIFERENCIAL	AD VALOREM	TARIFA	QUANTIDADE TÍTULOS	TOTAL DA RECEITA
JAN/2003	7.104.563,09	400.460,65	26.269,53	18.451,35	8.008	445.181,53
FEV/2003	9.502.843,51	497.023,37	35.160,61	22.032,55	8.798	554.216,53
MAR/2003	10.697.223,99	535.771,75	39.580,79	25.140,58	9.958	600.493,12
ABR/2003	12.620.686,91	649.573,68	46.766,20	29.721,09	12.019	726.060,97
MAI/2003	16.889.432,68	866.554,52	63.080,35	39.486,30	15.829	969.121,17
JUN/2003	14.695.330,65	710.427,08	54.337,09	34.820,73	14.268	799.584,90
JUL/2003	17.522.600,68	828.258,99	65.470,71	37.941,28	15.651	931.670,98
AGO/2003	15.226.605,47	706.990,85	57.196,05	33.375,92	13.789	797.562,82
SET/2003	16.549.180,18	760.120,18	61.577,70	38.418,51	15.615	860.116,39
OUT/2003	15.534.821,18	697.226,73	58.257,30	35.702,20	14.778	791.186,23
NOV/2003	14.642.492,33	657.930,01	54.314,41	34.876,86	14.130	747.121,28
DEZ/2003	13.645.571,49	601.158,07	50.847,37	33.538,80	14.020	685.544,24
TOTAIS	164.631.352,16	7.911.495,88	612.858,11	383.506,17	156.863	8.907.860,16

As informações contidas nestas planilhas são consistentes e merecem credibilidade e em se tratando de registros auxiliares nos microcomputadores, apreendidos pelos agentes do Departamento de Polícia Rodoviária Federal com autorização da autoridade judicial, não podem ser descartadas simplesmente sob o argumento de suspeição quando a falta de lacre ou falta de presença de representante do sujeito passivo durante o exame dos documentos.

Na sequência, a fiscalização calculou as bases de cálculo, do IRPJ e CSLL, como segue:

TRIMESTRES	RECEITAS APURADAS	% LUCRO	LUCRO ARBITRADO	RECEITAS FINANCEIRAS	RECEITA TOTAL
1º DE 2003	740.591,83	38,40	284.387,26	529.204,65	813.591,91
2º DE 2003	1.396.134,91	38,40	536.115,81	533.669,67	1.069.785,48
3º DE 2003	1.469.246,99	38,40	564.190,84	494.096,87	1.058.287,71
4º DE 2003	1.243.375,33	38,40	477.456,13	136.648,99	614.105,12
TOTAIS	4.849.349,06		1.862.150,04	1.693.620,18	3.555.770,22

Neste ponto, a recorrente sustenta que as receitas financeiras deveriam ter sido adicionadas as receitas apuradas, por entender que o sujeito passivo é uma instituição financeira e como tal, as receitas financeiras constituem receitas operacionais e não poderiam ser confundidos com receitas não operacionais ou ganhos de capital.

Não paira qualquer dúvida que as receitas financeiras (de juros ou de aplicações financeiras) não constituem ganhos de capital, mas este fato não ampara o pleito do sujeito passivo tendo em vista a forma de apuração de resultados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

De fato, as receitas de juros e de aplicações financeiras constituem resultados líquidos pela sua própria natureza, independentemente de serem classificados como receitas operacionais ou não operacionais e por esta razão, o artigo 536 do RIR/99 (SUBTÍTULO V – LUCRO ARBITRADO, CAPÍTULO III – GANHOS DE CAPITAL E OUTRAS RECEITAS), não deixa qualquer margem a dúvida quando determina:

“Art. 536 – Serão acrescidos à base de cálculo os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 531, auferidos no período de apuração, observado o disposto nos arts. 239, 240, 533 e 534 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso II).”

O artigo 531 mencionado no texto transcrito quando conceitua a receita bruta conhecida para fins de arbitramento de lucro, remete ao artigo 279 que está assim redigido:

“Art. 279 – A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12).” (destaquei)

As receitas de juros e de aplicações financeiras não se enquadram no conceito de receita bruta porque não são preços dos serviços prestados e nem resultado auferido nas operações de conta alheia.

Desta forma, entendo que a exigência observou a legislação de regência e não merece qualquer crítica por parte deste Colegiado.

Meras alegações apresentadas pela recorrente no sentido de desqualificar o levantamento efetuado pela fiscalização não podem ser aceitas sem a prova inequívoca da origem das transações efetuadas, uma vez que a fiscalização ateu-se aos registros contidos nos arquivos magnéticos mantidos pelo sujeito passivo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Assim, sou pela manutenção do arbitramento do lucro e pela tributação pretendida pela fiscalização, inclusive, das receitas de aplicações financeiras e juros adicionados ao lucro arbitrado.

Foi aplicada multa qualificada (correspondente a 150%) com agravamento (elevando-a para 225%).

O agravamento da multa se deu nos termos (fls. 297):

"Agrava-se a multa de ofício para o percentual de 225%, consoante preceituam os artigos 959, c/c 267, ambos do Regulamento do Imposto de Renda vigente (RIR/99), considerando a recusa da fiscalizada em apresentar arquivos magnéticos operacionais, de controle de títulos, posteriormente obtidos através da apreensão da Polícia Federal, e considerando a recusa em apresentar os livros contábeis por lei exigíveis, sobretudo, os Livros Diários impressos em formulários contínuos (os quais alegou nunca terem sido impressos), cuja existência restou evidenciada nas DIPJ entregues espontaneamente pela empresa (fls. 195 a 199)."

Como se verifica facilmente a exigência se embasou exclusivamente naqueles relatórios e arquivos magnéticos obtidos através de sua apreensão, tornando-se inócua a recusa ou omissão de sua apresentação.

Com relação a este item, voto como venho fazendo consistentemente, no sentido de que, quando a fiscalização utiliza para embasar o lançamento aqueles documentos ou relatórios que, mesmo inicialmente não fornecidos pela empresa, afinal foram utilizados como desejado pela fiscalização, o agravamento não se sustenta.

No presente caso toda a autuação se fundou exclusivamente nas informações obtidas junto ao contribuinte e não resta dúvida que os elementos que inicialmente podem ter sido negados acabaram por embasar a autuação, já que nenhum valor a eles agregou a fiscalização.

Entendo seja cancelado o efeito do agravamento, reduzindo-se a penalidade, inicialmente para 150%, cujo percentual passo a apreciar adiante.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

A qualificação da multa se deu na forma descrita no TVF (fls. 296):

"Justifica-se a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150% (...) pela prática reiterada de ilícito tributário, com evidente intuito de fraude, conforme disposto legalmente.

O artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, assim estabelecia:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

(...)

*II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)**

A recente MP nº 351 alterou a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/95,
para:

"Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

*(...)**



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Como se pode verificar o texto da legislação deixou de mencionar a antiga expressão *"evidente intuito de fraude"*, ficando a descrição da qualificação restrita a *"... prática reiterada de ilícito tributário"*, já que, na forma do artigo 106 do CTN, aplica-se expressão menos gravosa de penalidade retroativamente, ou seja a casos pendentes de julgamento.

A fiscalização limitou-se a transcrever os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, sem identificar qual deles, nem por menção objetiva nem por vinculação descritiva, pretendeu usar na caracterização da multa qualificada.

Assim, na falta da tipificação objetiva, entendo que a irregularidade apurada pela autoridade lançadora pode ser classificada como de declaração inexata, tendo em vista que as transações efetuadas pelo sujeito passivo estavam lastreadas em documentação correspondente e registradas nos arquivos magnéticos que podem ser aceitos como livros auxiliares.

Além disso, o lançamento está fundado nos arquivos magnéticos mantidos pelo sujeito passivo que por sua vez não manipulou nem simulou operações mediante falsidade documental ou ideológica.

Nestas condições, sou pela redução do percentual da multa de lançamento de ofício de 150% para 75%, em virtude de as irregularidades descritas pela autoridade lançadora constituírem infrações relativas à declaração inexata.

Ajustado o lançamento à penalidade normal para exigências de ofício, apresenta sentido a preliminar de decadência.

É que todos os tributos exigidos são regidos pelo artigo 150 do CTN, submetidos à homologação e, conseqüentemente, aplica-se o prazo de cinco anos para tal homologação, prazo que corresponde ao conceito decadencial.

São datas relevantes:

- Ciência à recorrente dos autos de infração: 22.10.2004;
- Fatos geradores com tributação mantida:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

- Pis e Cofins: Janeiro de 1999 a dezembro de 2003.

Logo, em 22.10.2004, não mais se podia exigir tributo ou diferença de tributo relativamente aos fatos geradores encerrados até setembro de 1999.

A decisão recorrida não acolheu a preliminar suscitada face ao disposto no artigo 45 da Lei nº 8.212/91, mas o tema merece alguns comentários.

Com relação ao assunto, a 1ª Turma da CSRF vem decidindo consistentemente, por maioria, no entendimento de que deve ser aplicada a legislação hierarquicamente superior, qual seja o CTN, diante da condição de tratar de normas gerais do direito tributário, e não da lei ordinária – Lei nº 8.212/91.

Entre tantos julgados, fui Relator do julgamento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional nº 107-133.658, na sessão de dezembro de 2006, que produziu o Acórdão nº CSRF/01-05.568 e que, por economia processual, importo os argumentos lá expendidos para fundamentar o presente voto, que se ampliam por diversas questões que a decisão recorrida não abordou, mas que completam o quadro da discussão sobre o assunto.

Ementa:

“NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – CSLL – SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 150 DO CTN: A Contribuição social sobre o lucro líquido, instituída pela Lei nº 7.689/88, em conformidade com os arts. 149 e 195, § 4º, da Constituição Federal, tem a natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, no RE Nº 146.733-9-SÃO PAULO, o que implica na observância, dentre outras, às regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a contagem do prazo decadencial da CSLL se faz de acordo com o Código Tributário Nacional no que se refere à decadência, mais precisamente no art. 150, § 4º.

Recurso especial da Fazenda Nacional conhecido e improvido.”

Teor parcial do voto:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

"A matéria é reiteradamente trazida a este Turma e já se consolidou doutrina majoritária no sentido exposto no presente voto, tendo se repetido na última sessão – setembro de 2006, em uma de cujas ocasiões fui relator do recurso nº 108-139869 – processo nº 10283.002549/2002-33, decidido na forma do Acórdão CSRF/01-05.530, sob ementa igual à que adoto no presente voto.

Trata-se de exigência da CSLL, exclusivamente.

São relevantes as datas:

-
-

O recurso tenta a reforma da decisão com múltiplos argumentos.

Um deles, entendendo que (fls. ...):

*"Aliás, como será demonstrado adiante, os Tribunais vêm declarando a **CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI 8.212/91**, evidenciando ainda mais o total desacerto da decisão recorrida."
(destaques no original)*

E ainda que (fls. ...):

*"**II. 1. Não cabe ao Conselho de Contribuintes deixar de aplicar o art. 45 da Lei 8.212/91 eis que estaria decretando a sua inconstitucionalidade.**"
(Negritos no original – título)*

Se bem a douta Procuradoria adotou a cômoda via do recurso apoiado na quebra de unanimidade, poderia ter usado a divergência existente no Colegiado.

Quanto à conclusão que a utilização do artigo 150 do CTN, por seu elemento temporal trazido no § 4º, parametrando a decadência, teria correspondido à declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, parece-me não corresponder à realidade estampada na decisão recorrida.

Tanto que não consta qualquer referência, na decisão recorrida à qualquer eventual inconstitucionalidade, apenas se encontra estampada a aplicação do artigo 150 do CTN diante da natureza do lançamento, submetido que é à homologação e por citações ao Acórdão 108-06.992.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Trago, porém menção ao assunto já tratado em ocasiões anteriores, como no recurso nº 107-137766 em que o assunto é tratado de forma diferente e onde consta textualmente:

"Com se vê, é o próprio Supremo Tribunal Federal a manifestar-se no sentido de que o prazo decadencial da contribuição em tela é de 5 (cinco) anos, e a seguir-lhe os passos não está esta Câmara decretando a inconstitucionalidade de lei alguma, o que, aliás, reclamaria manifestação expressa, o que seria um absurdo. Afinal, somente a Egrégia Corte tem competência para tanto. É antes de tudo uma questão escolar."

É essa a percepção que tenho da questão e deixo de expender maiores considerações porquanto não terei melhores palavras que o Ilustre Relator do voto condutor da decisão recorrida naquele processo – Dr. Carlos Alberto Gonçalves Nunes teve.

Comungo com sua opinião e a adoto literalmente.

Quanto à repetida afirmativa de que os Tribunais vem afirmando a constitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, reiterada no recurso, não vejo sua correspondência com a realidade, uma vez que caminha providência legal, impulsionada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido diametralmente oposto na busca da declaração de sua inconstitucionalidade.

Tramita no STJ o REsp nº 616348-MG em que é Relator o Ministro Teori Albino Zavascki e que já foi julgado na sessão de 14 de dezembro de 2004.

A ementa é clara, pelo acolhimento da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, estando assim formulada:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e



Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; arts. 480-482; RISTJ, ART. 200)."

O fecho da ementa indica ter sido instaurado incidente de inconstitucionalidade, na forma do artigo 97 da Constituição Federal, que tem como redação:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Assim regula o CPC:

*"CAPÍTULO II
DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

*§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)**

Como se observa de Certidão, a arguição já foi instada, nos termos:

***CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu decisão:

A Turma, por unanimidade, acolheu a arguição de inconstitucionalidade, determinando a instauração do incidente perante a Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília, 14 de dezembro de 2004.*

O Ministério Público já se manifestou pelo Parecer do Dr. Benedito Izidro da Silva, Subprocurador-Geral da República, no referido



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

REsp nº 161348/MG, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei Ordinária nº 8.212/91, adotando nas conclusões o seguinte teor, reproduzido abaixo:

"Utilizando-se a hermenêutica constitucional, a solução da antinomia jurídica configurada entre o CTN e a lei ordinária da previdência social deve ocorrer pelo critério da hierarquia, que faz prevalecer a norma cuja a Constituição Federal de 1988 situou em grau hierárquico superior; in casu, o Código Tributário Nacional que foi recepcionado pela ordem constitucional como lei complementar.

Conclui-se, destarte, por meio das diversas conclusões parciais que se concatenam, no seguinte sentido: 1) a contribuição social como tributo deve observância as normas gerais de Direito Tributário; 2) A decadência como norma geral deve ser veiculada pelo instrumento normativo da lei complementar por expressa previsão constitucional (art. 146, III, b da CF) e a mesma se submete as contribuições sociais; 3) reconhecido o status de lei complementar do CTN quando dispõe de normas gerais em matéria de legislação tributária, 4) disposição expressa no CTN fixando o prazo quinquenal; 5) lei ordinária adotando prazo diverso; 6) prazo determinado que não elide seu conteúdo de norma geral; 7) regras de hermenêutica constitucional, critério da hierarquia das normas e princípio do paralelismo das normas; 8) inconstitucionalidade da lei ordinária que adentra competência reservada à lei complementar em matéria de direito tributário.

No sentido da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se pronunciou no AI nº 200070010041785 – 2/PR em julgamento proferido na data de 22 agosto de 2001.

Pelo exposto, opina o Ministério Público Federal por seu representante, o Subprocurador-Geral da República infra-assinado, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei ordinária nr 8.212/9"

Consultando o andamento do processo, é obtida a seguinte informação no banco de dados do STJ:

"07/12/2005 – 18:00 – RESULTADO DO JULGAMENTO PARCIAL: APÓS O VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

ACOLHENDO O INCIDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212 DE 1991, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS VOTOS DOS SRS. MINISTROS ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, FRANCISCO PEÇANHA MARTINS E HUMBERTO GOMES DE BARROS, PEDIU VISTA O SR. MINISTRO CÉSAR ASFOR. AGUARDAM OS SRS. MINISTROS ARI PARGENDLER, JOSÉ DELGADO, FERNANDO GONÇALVES, FELIX FISCHER, ALDIR PASSARINHO JUNIOR, GILSON DIPP, ELIANA CALMON, PAULO GALLOTTI, FRANCISCO FALCÃO, LAURITA VAZ, LUIZ FUX E EDSON VIDIGAL (PRESIDENTE).*

E mais, no presente caso, não é necessária a audiência do STF, porquanto a Corte Especial do STJ têm competência constitucional para manifestar-se sobre a inconstitucionalidade formal do artigo 45 da Lei 8.212/91.

Como se observa facilmente, o assunto caminha firme para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, em cuja situação restará sem qualquer mácula jurisprudencial ou doutrinária a aplicação do artigo 150 do CTN, sendo o prazo decadencial inquestionável aquele do seu § 4º.

Restaria apenas apreciar a condição tributária da contribuição social, o que já foi feito pelo STF, no RE 146733-9/SP, que contém na sua ementa:

*"Recurso Extraordinário nº 146733-9 São Paulo
Recorrente: União Federal
Recorrida: Viação Nasser s/a*

EMENTA:

Contribuição Social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei 7689/88.

- Não é inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária. Constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 7689/88. Refutação dos diferentes argumentos com que se pretende sustentar a inconstitucionalidade desses dispositivos legais.

- Ao determinar, porém, o artigo 8º da Lei 7689/88 que a contribuição em causa já seria devida a partir do lucro apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988, violou ele o princípio da irretroatividade contido no artigo 150, III, 'a, da Constituição Federal, que proíbe que a lei



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

que institui tributo tenha, como fato gerador deste, fato ocorrido antes do início da vigência dela.

Recurso extraordinário conhecido com base na letra 'b' do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, mas a que se nega provimento porque o mandado de segurança foi concedido para impedir a cobrança das parcelas da contribuição social cujo fato gerador seria o lucro apurado no período—base que se encerrou em 31 de dezembro de 1988. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 8 da Lei 7689/88.

DJ., 1683, de 06.11.1992

Presidente Min. Sydney Sanches

Relator Min Moreira Alves

*Presentes também os Senhores Ministros Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e Paulo Brossard.**

Não persistindo dúvidas quanto a tal natureza tributária, reafirmada na ementa do Resp nº 161348/MG, a decisão recorrida se conforma com a mais atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, não merecendo qualquer reparo ou aditamento.

Pelos argumentos e conclusões trazidas nas decisões judiciais acima e em conformidade com a jurisprudência dominante nesta 1ª Turma, estampada por exemplo na ementa abaixo transcrita, entendo ser aplicável o artigo 150, do CTN, conseqüentemente adotando o elemento temporal trazido em seu parágrafo 4º, entendendo ser de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, o prazo decadencial aplicável à contribuição social sobre o lucro:

Número do	103-131387
Recurso:	
Turma:	PRIMEIRA TURMA
Número do	10920.000406/2001-53
Processo:	
Tipo do	RECURSO DO PROCURADOR
Recurso:	
Matéria:	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO
	LÍQUIDO
Recorrente:	FAZENDA NACIONAL
Interessado(a)	TUPY S.A.
:	



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Data da Sessão: 29/11/2004 09:30:00

Relator(a): Carlos Alberto Gonçalves Nunes

Acórdão: CSRF/01-05.137

Decisão: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Marcos Vinicius Neder de Lima, Antonio Freitas Dutra, Cândido Rodrigues Neuber, José Ribamar Barros Penha, Mário Junqueira Franco Júnior e Manoel Antônio Gadel Dias que deram provimento ao recurso. Fizeram sustentação oral o Senhor Procurador da Fazenda Nacional Dr. Sérgio de Moura e o advogado da recorrente Dr. Breno Ladeira Kingma Orlando, OAB nº 120882.

Ementa: CSLL - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - 1) A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), que tem a natureza de tributo, antes do advento da Lei 8.383, de 30/12/91, a exemplo do Imposto de Renda, estava sujeita ao lançamento por declaração, operando-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante o disposto no art. 173 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/80). A contagem do prazo de caducidade seria antecipada para o dia seguinte à data da notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento ou da entrega da declaração de rendimentos (CTN., art. 173 e seu par. ún., c/c o art. 711 e §§ do RIR/80). A partir do ano-calendário de 1992, exercido em 1993, por força das inovações da referida lei, o contribuinte passou a ter a obrigação de pagar o imposto e a contribuição, independentemente de qualquer ação da autoridade administrativa cabendo-lhe então verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular e, por fim, pagar o montante do tributo devido, se desse procedimento houvesse o resultado de que o contribuinte não poderia ser deficitário, nulo ou superavitário (CTN., art. 150).

2) CSLL – As contribuições de seguridade social, dada sua natureza tributária, estão sujeitas ao prazo decadencial estabelecido no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/80), lei complementar competente para, nos termos do artigo 146, III, "b", da Constituição Federal, dispor sobre a decadência tributária. 3) Tendo sido o lançamento de ofício efetuado em 05/04/2001, após a fluência do prazo de cinco anos contados a partir da data do fato gerador referente ao ano-calendário de 1995, ocorrido em 31/12/1995, operou-se a caducidade do direito de a Fazenda Nacional lançar a contribuição.

Ainda, ressalvo por oportuno que a CSLL é alcançada pela homologação, sendo que o que se discute nos autos é apenas o prazo decadencial."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

A despeito de naquela ocasião termos votado exclusivamene exigência relativa à CSLL, aplico a mesma argumentação com relação ao Pis à Cofins, que entendo, na forma preconizada pelo STF, tratem-se de contribuições, todas elas, de natureza tributárias, submetidas, portanto, à norma complementar – CTN.

Assim, acolho parcialmente a preliminar de decadência relativamente à Cofins e ao Pis correspondentes aos fatos geradores de janeiro a setembro de 1999, tão somente.

Quanto à incidência de juros de mora pela taxa Selic, esta cobrança está consoante com a legislação tributária vigente e consagrada pela jurisprudência administrativa predominante.

Entre inúmeros acórdãos, pode ser transcrita a seguinte ementa da Câmara Superior de Recursos Fiscais⁵:

***JUROS DE MORA. SELIC.** Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RIR/94, art. 988, § 2º; e RIR/99, art. 953, § 3º). E, a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95 c/c art. 161 do CTN. (Ac. nº CSRF/01-05.149, de 29/11/2004)."

Além do que, a matéria foi sumulada para esse 1º Conselho de Contribuintes, não cabendo seu exame:

Súmula 1º CC nº 4:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."
(DOU, Seção 1, Publicada nos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 2/07/2006.)

⁵ BRASIL. Conselhos de Contribuintes. Disponível em www.conselhos.fazenda.gov.br e acesso em 09/04/2007.

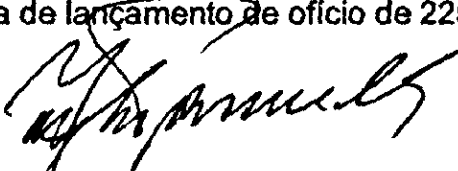


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para acolher a preliminar de decadência da COFINS e do PIS/FATURAMENTO relativamente aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro de 1999, excluir o lançamento correspondente à COFINS e ao PIS/FATURAMENTO, sobre os valores de R\$ 2.799.790,43 do ano de 2002 e R\$ 1.693.620,18 do ano de 2003, e reduzir o percentual de multa de lançamento de ofício de 225% para 75%.


JOSÉ CARLOS PASSUELLO 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

VOTO VENCEDOR

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Redator Designado Ad Hoc

Tendo o redator do voto vencedor renunciado ao mandato de conselheiro, cabe a outro conselheiro designado elaborar o presente voto.

O presente voto vencedor se restringe a dois temas um decorrente do outro. A questão da multa agravada para 112,5% e qualificada para 225%, e por consequência o não reconhecimento da decadência do PIS e da COFINS em relação aos fatos geradores de janeiro a setembro de 1.999, que o relator juntamente com dois conselheiros ficaram vencidos.

MULTA AGRAVADA E QUALIFICADA

Transcrevamos a legislação relativa à multa, vigente em 1.999.

Antigas Redações - Alterações do ano de 2006

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V - (Revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998.)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do 'caput' passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

{§ 2º com redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro 1997.}

Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964

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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

O AFRF o TVF de folha 71 justifica assim a aplicação da multa de 225%.

"Agrava-se a multa de ofício para o percentual de 225%, consoante preceituam os artigos 959, c/c 267, ambos do Regulamento do Imposto de Renda vigente (RIR/99), considerando a recusa da fiscalizada em apresentar os arquivos magnéticos operacionais, de controle de títulos, posteriormente obtidos através da apreensão da Polícia Federal, e considerando a recusa em apresentar os livros Diários impressos em formulários contínuos (os quais alegou nunca terem sido impressos), cuja existência restou evidenciada nas DIPJ entregues espontaneamente pela empresa (fls. 195 a 199).

Cabível o agravamento da penalidade, ademais, em virtude do embaraço sofrido pela fiscalização em seu andamento, o qual ensejou a lavratura do Termo pertinente (fls. 113 a 118).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

A apreensão determinada pelo Poder Judiciário dos dados e documentos em poder da fiscalizada, que os subtraiu da apreciação da fiscalização, inclusive mantendo-os em outro Estado, possibilitou o fiel cumprimento do Mandado de Procedimento Fiscal expedido contra a empresa."

Analisando a legislação transcrita podemos concluir:

O artigo 71 define o que é a SONEGAÇÃO, tem lugar no momento da ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte tenta modificar suas características, natureza ou circunstâncias materiais, ou então a ação liga-se às condições pessoais do contribuintes, suscetíveis de afetar a obrigação principal ou o crédito correspondente.

Enquadra-se no artigo tanto a ação como a omissão, e tem como escopo o conhecimento por parte da autoridade tributária, ou seja o fato gerador ocorre, porém o contribuinte, por ação ou omissão, tenta modificá-lo, ou então disfarça-se não dando conhecimento das condições pessoais do contribuinte.

Foi exatamente o que ocorreu nos presentes autos, o contribuinte ao não escriturar as movimentações feitas no Banco do Brasil, ao manter dados em outro Estado e não apresentar a documentação para possibilitar a auditoria, a ação de esconder do fisco o seu verdadeiro faturamento, tentou evitar o conhecimento do verdadeiro movimento financeiro por parte das autoridades tributárias. E não só isso houve uma conduta reiterada nos anos fiscalizados.

A descrição feita pela fiscalização enquadra-se perfeitamente nas condições impostas pela legislação artigo 44 da Lei 9.430/96 se levado em conta todo conjunto probatório contido nos autos, a atitude da empresa perante a fiscalização, a forma como tentou dificultar os trabalhos, a sonegação de informações importantes para possibilitar a auditoria, entre outros fatos levaram a Câmara à convicção de que a multa aplicada está correta.

Mantenho portanto a multa de 225%, pelas razões aqui expostas e por aquelas contidas na decisão de Primeira Instância as quais ratifico.

DECADÊNCIA.

Considerando a manutenção da multa qualificada em virtude do dolo presente na relação jurídico tributária, o início do prazo decadencial desloca-se do fato gerador (art. 150 § 4º do CTN) para o início do exercício seguinte àquele no qual o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173-I do CTN).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

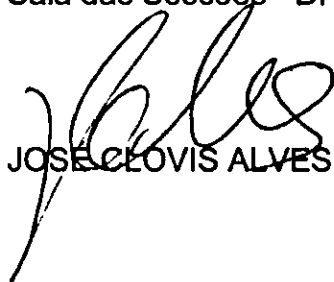
Fl.

Processo nº : 11516.001989/2004-17
Acórdão nº : 105-16.397

Assim o início do prazo em relação ao ano calendário de 1.999 ocorreu em 01^d de janeiro de 2.000, tendo como final 31 de dezembro de 2.004. Tendo o contribuinte sido cientificado em 22 de outubro de 2.004, não padece de caducidade o lançamento realizado.

Pelo exposto acompanho o relator em relação às outras matérias, divirjo em relação à multa qualificada e à decadência em relação às quais nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 25 de abril de 2007.


JOSE CLOVIS ALVES