



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Mfaa-7

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Recurso nº : 145424
Matéria : IRPJ e OUTROS – Exs.: 2001 a 2003
Recorrente : HS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
LTDA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC
Sessão de : 24 DE MAIO DE 2006
Acórdão nº : 107-08.573

NULIDADE – Não dá causa a nulidade da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal a alegação de que o fisco não lhe dera conhecimento desse ato, uma vez que tinha conhecimento do Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF dos quais ainda figuravam, de acordo com o inciso VIII do art. 7º da Portaria SRF nº 3.007, de 26.11.2001, o código do procedimento fiscal e o “site” da Receita Federal para que empresa confirmasse a exatidão desses atos e demais informações. E, por essa razão, não ocorreu a extinção do MPF, não procedendo a alegação de que os auditores não poderiam ser mantidos na continuação do procedimento fiscal.

LANÇAMENTO EFETUADO COM FUNDAMENTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001- Lei 9.311/96, art. 11, § 3º, NOVA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 10.174, de 09.01.2001, E DECRETO Nº 3.724, DE 10.01.2001 – Em se tratando de normas formais ou procedimentais que ampliam o poder de fiscalização a sua aplicação é imediata, alçando fatos pretéritos, consoante o disposto no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

ARBITRAMENTO DE LUCROS - A falta de apresentação ao fisco dos livros comerciais e fiscais, em que se assentar a escrituração justifica o arbitramento de lucros, com base no artigo 530, inciso I do RIR/99.

OMISSÃO DE RECEITAS INDICIADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS – A partir de 1º/01/97, por força do disposto nos artigos 42 e 87, da Lei nº 9.430/96, a falta de escrituração de depósitos bancários configuram caso de omissão de receitas, se o titular da conta-corrente, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações, com documentos hábeis e idôneos. Por se tratar de regra que inverte o ônus da prova, cabe ao contribuinte infirmar a presunção legal. Por essa mesma razão, compete-lhe demonstrar que a receita assim detectada estava contida na soma das figurantes do livro de Saídas e que também compôs a base de cálculo do arbitramento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

MULTA. IRPJ - MULTA DECORRENTE DE LANÇAMENTO "EX OFFICIO" - Havendo falta ou insuficiência no recolhimento do imposto, impõe-se a aplicação da multa a ser aplicada por ocasião do lançamento "ex officio", nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96. A multa de lançamento de ofício é uma sanção por ato ilícito, ou seja, por descumprimento da lei fiscal. Pune o contribuinte no seu patrimônio. E exatamente por isso, a limitação ao poder de tributar do legislador ordinário, estabelecido na Constituição Federal, art. 150, IV, refere-se a tributo e não às penalidades por infrações que são distintos entre si, por definição legal (CTN, art. 3º).

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.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por HS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito NEGAR, provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 27 JUN 2006



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, RENATA SUCUPIRA DUARTE, HUGO CORREIA SOTERO e FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ (Suplente Convocado). Ausente, justificadamente o conselheiro NILTON PÊSS.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'LP' or similar, positioned below the text.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Recurso nº : 145.424
Recorrente : HS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
LTDA

RELATÓRIO

HS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., qualificada nos autos, sofreu arbitramento dos seus lucros com base na receita bruta nos trimestres encerrados em março de 2000, junho de 2000, setembro de 2000, dezembro de 2000, março de 2001, junho de 2002, setembro de 2001, dezembro de 2001, março de 2002, junho de 2002, setembro de 2002 e dezembro de 2002, por falta de apresentação dos livros e documentos da sua escrituração solicitados no Termo de Início da Fiscalização e Termo de Intimação.

A receita bruta foi apurada em informações recebidas do fisco estadual e nos livros do ICM da fiscalizada.

Entrementes, a fiscalização apurou a existência de depósitos bancários de titularidade da empresa que não foram por ela escriturados e cuja origem não comprovou, embora intimada a tanto. Esses valores foram considerados como receitas omitidas, com fundamento nos arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9430/96, uma vez que a empresa não comprovou a origem dos recursos, quando intimada a tanto.

O autuante tomou como base do arbitramento as receitas operacionais e sobre as receitas dos depósitos bancários de origem não contabilizada, ao coeficiente de 9,60%, com fulcro no arts. 532 e 537 do RIR/99, calculando o imposto à alíquota de 15%. Sobre o imposto devido, calculou o adicional à alíquota de 10%.

Em conseqüência, a fiscalização lavrou autos de infração ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (fls. 2354/2399), PIS (fls. 2309/2321), COFINS



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

(fls.2322/2334) e CSLL (fls. 2335/2348), todos em relação aos anos de 2000, 2001 e 2002- Exercícios de 2001 a 2003, com multa de 75%.

A empresa impugnou a exigência (fls. 2354/2399), alegando, preliminarmente, nulidade do lançamento, por vício na prorrogação da validade do Mandado de Procedimento Fiscal e conseqüente extinção da competência dos agentes fiscais: o autuante não forneceu ao sujeito passivo o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, de sorte que o mandado perdeu a validade fulminando a competência dos auditores encarregados da fiscalização. Além disso, na prorrogação, não poderiam ser mantidos os mesmos auditores (Portaria SRF nº 3.007/01, arts. 13, §§ 1º e 2º, 15, II, e 16, c/c art. 3º, II, da Lei nº 9.784/99). No mérito, sustenta a ilegalidade da quebra do sigilo bancário por ofensa ao art. 5º, X e XII e XXXVI, da Constituição Federal, citando jurisprudência a respeito. Aponta falha, imprecisão e incompletude dos indícios empregados na determinação da base de cálculo, discorrendo sobre a sua inconformidade ao procedimento. Discorda das bases de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, posto que o autuante não excluiu da receita determinada através de depósitos bancários os valores constantes no livro de registro de saídas. Consequentemente, também foi incorreta a base de cálculo do Adicional do Imposto de Renda. Diz que houve ilegalidade do lançamento das contribuições sociais para o PIS e a COFINS, pois as Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 estabeleceram base de cálculo diferente do resultado operacional da empresa, criando um novo conceito para o termo faturamento, com afronta ao art. 110 do CTN. Alega inconstitucionalidade da multa de lançamento por ser confiscatória e se insurge contra os juros de mora com base na taxa Selic, em desacordo com o art. 192 da Constituição e o art. 161 do CTN., citando Doutrina e jurisprudência sobre a matéria.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

A 3ª TURMA da DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC., através do Ac. 5.554, de 04/02/2005 (fls. 2410/2443), por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e, no mérito, julgou procedentes os autos de infração.

O aresto está assim ementado:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F). Prorrogação. Validade.

Constatado que o **MPF-F** foi sucessivamente prorrogado, conforme revela o **Demonstrativo de Emissão e Prorrogação**, não há que se cogitar de sua extinção por decurso de prazo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Utilização das Informações Relativas à CPMF. Limites.

Com o advento da Lei nº 10.174/2001, resguardado o sigilo na forma da legislação aplicável, é legítima a utilização das informações sobre as movimentações financeiras relativas à CPMF para instaurar procedimento administrativo que resulte em lançamento de outros tributos, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido antes da vigência da referida lei.

SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. SOLICITAÇÃO REGULAR

Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Depósitos Bancários. Origens. Presunção Legal. Omissão de Receita.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Lucro Arbitrado. Apuração. Receitas Escrituradas. Receitas Omitidas.

Constatado que a escrituração fiscal não contemplava o registro de toda a receita auferida, aliado a falta de comprovação da origem dos créditos bancários, reputa-se correta a apuração do lucro arbitrado considerada: a receita escriturada e a presunção legal de omissão de receita por falta de comprovação dos créditos bancários.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Argüições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

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.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Lançamentos Decorrentes. PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e COFINS.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se aos lançamentos decorrentes a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa: Lançamento de Ofício. **Multa Aplicável**

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC.

47



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Lançamento Procedente”

A autoridade julgadora esclareceu que o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F) emitido para a empresa (fl.01) data de 22 de abril de 2004, tendo a contribuinte dele tomado ciência em 03 de maio de 2004, cujo prazo inicial para execução era até **20 de agosto de 2004**. E que, para a prorrogação do prazo de validade do MPF-F, basta apenas a informação da prorrogação da fiscalização por intermédio de registro eletrônico, disponível na internet, sendo concedido ao fiscalizado um demonstrativo que contenha as prorrogações efetuadas. É o que estabelece o artigo 13 da Portaria SRF de nº **3.007/2001**, que faz menção ao art.12.

O Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF, concernente ao presente processo, prossegue, encontra-se à fls. 02, tendo como prazo último de prorrogação a data de 19 de outubro de 2004. Como o lançamento do IRPJ consignado no Auto de Infração foi cientificado à impugnante em 05/10/2004, fls. 2.295, antes, portanto, da data final, não há que se cogitar em extinção do MPF-F de fl.01 por decurso de prazo.

Atualmente as prorrogações do MPF-F são, como dispostas no artigo supra, divulgadas por meio da *internet*, cumprindo ressaltar que a alegação da contribuinte fiscalizada é totalmente irrelevante, pois, além de o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF (fls.02) não apresentar data de emissão, a importância da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal se baseia principalmente na atribuição de competência do auditor Fiscal da Receita Federal para efetuar aquela específica fiscalização, o que garante, ainda, ao contribuinte a oficialidade do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

procedimento, mas não sujeita o lançamento à nulidade, caso o contribuinte não tenha tido ciência de sua prorrogação.

Em não havendo extinção do MPF-F por decurso de prazo, as autoridades fiscais nominadas neste mandado não precisam ser substituídas, uma vez que não haverá de se emitir um novo MPF-F.

Quanto à quebra do sigilo bancário, o julgador, inicialmente, faz um retrospecto da legislação concernente ao direito do fisco obter informações das instituições financeiras sobre a situação econômica do contribuinte sob fiscalização, mesmo antes da Lei nº 9.311/96, citando a Constituição Federal, art. 145 e o CTN., arts. 197, 198, afirmando que, nesse procedimento, há apenas transferência de sigilo. Sustenta que, no procedimento, foram respeitados os ditames da Lei Complementar 105/2001, do § 1º do art. 144, do CTN, e do Decreto 3.724/2001, discorrendo a respeito. Cita jurisprudência, precedentes administrativos e parecer da PGFN, no sentido de suas conclusões. E afirma o julgador que a autoridade julgadora administrativa não pode pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de leis.

O acórdão recorrido considera correto o arbitramento de lucros, diante dos fatos constantes dos autos, e afasta a pretensão do sujeito passivo de que as receitas operacionais deveriam ser abatidas do montante dos depósitos bancários, porque, para tanto, caberia o contribuinte provar a vinculação das receitas escrituradas no livro de saídas e os depósitos bancários, agravado com o fato que a totalidade das receitas da fiscalizada não tinham sido ali escrituradas. Sustenta a legitimidade do lançamento com base em presunção, consoante art. 42 da Lei nº 9.430/96, e repele a aplicação da Súmula 182 do extinto TFR ao caso concreto. Cita jurisprudência aplicável ao caso.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Mantém os lançamentos da COFINS, do PIS e DA CSLL por se tratarem de lançamentos decorrenciais, já tendo sido apreciada no exame da base de cálculo do IRPJ as razões de defesa quanto à sua composição. No mais, não cabe ao julgador administrativo debater acerca de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de atos legais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional.

No caso que aqui se apresentou, a omissão de receita prevista no art.42 da Lei 9.430/96 está a se referir, por óbvio, às receitas operacionais da atividade normal da empresa, uma vez que os créditos bancários não tiveram sua origem comprovada, devendo, portanto, aplicar-se o disposto no § 2º do art. 24 da Lei 9.249/95.

Destaca, ainda, que nem sobre as receitas escrituradas no Livro de Saídas (ICMs) houve apuração e pagamento destas contribuições (PIS e COFINS), como se observa pelos demonstrativos de apuração de fls.2.315 a 2.318, para o PIS e de fls. 2.328 a 2.331, para a COFINS.

Esclarece que a multa lançada está de acordo com a lei vigente (art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96), não lhe cabendo, como já dito, apreciar a constitucionalidade de lei, dirigindo-se, outrossim, o art. 150, IV, da Lei Maior ao legislador.

Igualmente, os juros de mora calculados com base na SELIC decorrem de lei, estando o procedimento em consonância com ela.

A empresa foi intimada do acórdão da 3ª TURMA da DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC., em 25/02/2005, que caiu em uma sexta-feira (fls.2.448), e apresentou o seu recurso em 29/03/2005 (fls. 2.449) que teve seguimento ao Conselho de Contribuintes, em face de arrolamento de bens (fls. 2.482).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Em sua peça recursal (fls. 2449/2480), persevera na nulidade da autuação por vício na prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF-F) não cientificado ao sujeito passivo, infringindo o disposto no § 3º do art. 13 da Portaria SRF 3007/01, com a conseqüente extinção da competência dos agentes fiscais, havendo, outrossim, ilegalidade na quebra de sigilo bancário: Sustenta que o que houve foi quebra de sigilo com ofensa ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988, o que se permite apenas para efeito de instrução de processual penal e não para efeitos tributários, não tendo havido sequer autorização judicial. Cita pronunciamentos da Doutrina e jurisprudência.

Alega a recorrente impossibilidade do uso de dados da CPMF por alcançar o ano de 2000, anterior à Lei nº 10.174, de 09/01/2001, com afronta aos princípios da irretroatividade da lei tributária e da inviolabilidade do sigilo de dados (art. 106 do CTN e incisos X, XXXVI, do art. 5º da Lei Maior), trazendo precedentes administrativos e de decisões de Tribunais Regionais Federais.

Insurge-se, outrossim, quanto à determinação do montante de receita considerada omitida, a partir dos extratos bancários, havendo falhas, imprecisão e incompletude dos indícios empregados na determinação da base de cálculo. O autuante, em face da falta de escrituração de três notas-fiscais e de resposta sobre a origem dos depósitos em suas contas correntes bancárias, consolidou a convicção de que o contribuinte não escriturara corretamente suas receitas. E, aí, com base nesses dois indícios duvidosos, considerou a totalidade da diferença entre o somatório dos depósitos contidos nos extratos bancários e a receita declarada no livro de apuração do ICMS. Sustenta que caberia ao fisco demonstrar de forma cabal a existência dos referidos indícios com escopo de tributar os supostos valores omitidos pela Recorrente. A prática fere os artigos 43 e 142 do CTN e a própria Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), consoante jurisprudência citada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Assevera estarem incorretas as bases de cálculo do Imposto de Renda, CSLL e o Adicional do imposto, uma vez que o autuante aplicou o percentual de 9,6%, de acordo com o arts. 393, parágrafo 11, e 519 e seus parágrafos, do RIR/99, sobre a receita bruta apurada no livro de Registro de ICM mais a receita de depósitos bancários. Cumpria ao autuante excluir da receita determinada através de depósitos em contas correntes bancárias os valores constantes do livro registro de Saídas.

Contesta também o argumento do relator do acórdão recorrido no sentido de que, para tanto, o contribuinte tem de provar a vinculação entre as receitas escrituradas e os depósitos bancários, afirmando que esse somatório afronta o critério material da RMIT do Imposto de Renda. Impõe-se a reforma do valor projetado contra a Recorrente nos exercícios de 2000, 2001 e 2002. Além disso, falha na determinação da base de cálculo verifica-se das palavras do autuante quando diz que o valor da receita consiste na receita decorrente dos depósitos bancários não contabilizados menos a receita da venda de produtos de fabricação própria.

Desta forma, deve-se rever a base de cálculo da CSLL e do Adicional do Imposto de Renda sobre a parcela do lucro arbitrado. E também as bases de cálculo do PIS e da COFINS, pelas mesmas razões.

Critica o julgado no que respeita à apreciação de matéria constitucional, sustentando que os órgãos administrativos devem apreciar esse argumento sob pena de ignorar a Lei Magna e de cercear a defesa do contribuinte. E conclui dizendo que a multa de lançamento de ofício é confiscatória.

Insurge-se, por fim, contra os juros de mora calculados pela SELIC por violar os arts. 97, 109, 110 e 161 do CTN, discorrendo a respeito.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

VOTO

Conselheiro - CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES – Relator.

Recurso tempestivo e assente em lei, dele tomo conhecimento.

Como se vê do relatório, a empresa, na fase recursal, praticamente limita-se a reapresentar as mesmas razões de impugnação sem infirmar os fundamentos da decisão recorrida.

DAS NULIDADES:

1 - DO MPF:

O sujeito passivo foi cientificado do Mandado de Procedimento Fiscal que contém todos os requisitos exigidos para sua validade, com prazo até o dia 20/08/2004, e o Demonstrativo de emissão e prorrogação (fls. 2) estende o prazo até 19/10/2004, no curso do qual foi lavrado o auto de infração, ou seja, no dia 05/10/2004 (fls. 2.295). Nos documentos é indicado o site da Receita Federal para que o contribuinte se inteire de todas as prorrogações eventualmente feitas.

Desta forma, como bem esclareceu o julgador “a quo”, não houve extinção do MPF-F. Basta conferir as datas e o disposto nos arts. 15 e 16 da Port. SRF 3.007, de 26.11.2001, com a seguinte dicção:

“Art. 15. O MPF se extingue:

- I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;
- II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.”

E, se não houve extinção do MPF-F, não tem lugar na espécie o comando do parágrafo único do supratranscrito art. 16.

Por fim cabe consignar que a empresa tivera conhecimento do MPF e da Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF, cujas cópias juntou, inclusive, na impugnação da COFINS, constante do Processo nº 11516.002566/2004-14, dos quais ainda figuravam, de acordo com o inciso VIII do art. 7º da Portaria SRF nº 3.007, de 26.11.2001, o código do procedimento fiscal e o “site” da Receita Federal para que empresa confirmasse a exatidão desses atos e demais informações. E, por essa razão, não ocorreu a extinção do MPF, não procedendo a alegação de que os auditores não poderiam ser mantidos na continuação do procedimento fiscal.

2 - Da quebra de sigilo bancário

Ao termo de muitas discussões a respeito dos limites estabelecidos à fiscalização pelo art. 38 e seus §§, da Lei nº 4.595/64, e do artigo 197 do Código Tributário Nacional, o legislador pátrio expediu a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 (DOU de 11/01/2001), dispondo sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, e dando outras providências.

E essa lei nacional, em seu art. 1º, § 3º e seus incisos III e VI, e no art. 6º estabeleceu:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

O Poder Executivo, através do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, DOU de 11.01.2001, regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, dispondo em seu art. 2º que a Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. E nos artigos seguintes, a forma e as condições para a transferência do sigilo para a repartição fiscal, sendo instrumento dessa atividade o documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) que será dirigida, dentre outros ao presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto, ou gerente de agência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

E para adaptar a legislação ordinária à amplitude do poder de fiscalização assim criado, o legislador expediu a Lei 10.174/2001, que deu nova redação ao artigo 11 da Lei nº 9.311/96, como se verá adiante.

O texto original era o seguinte:

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos." (grifei)

E, com a Lei nº 10.174, de 09/01/2001, passou a ter a seguinte redação, a partir de 10/01/2001:

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores."

No caso concreto, o Mandado de Procedimento Fiscal e o Termo de Início foram cientificados ao sujeito passivo em 03/05/2004, fls. 1 e 4/7.

As Requisições de Informações Financeiras efetuadas pela Delegado da Receita Federal em Florianópolis-SC, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, e no § 6º do artigo 4º do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, D.O.U.: 11.01.2001/2001, datam de 01/07/2004 (fls. 135 a 139), com ciência dos requisitados em 02/07/2004 (fls. 135), 02/07/2004 (fls.136), 01/07/2004 (fls. 137) 02/07/2004 (fls. 138) 02/07/2004 (139), portanto após o termo de início.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

As requisições esclareciam que as informações eram indispensáveis ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001.

A Lei nº 105, de 10/01/2001, publicada no DOU de 11/01/2001, é anterior ao termo de início, do mesmo modo que a Lei nº 10.174, de 09/01/2001, publicada no DOU do dia seguinte, e o Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, publicado em 11/01/2001.

Do exposto, verifica-se que as requisições do RMF foram efetuadas com base na nova legislação que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, intronizada pela Lei Complementar nº 105/2001.

O artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, é de natureza formal, procedimental, uma vez que tratou da ampliação dos poderes investigatórios da fiscalização, e não de natureza material, substantiva, que trata do conteúdo do lançamento, ou seja, que institui tributo, majora alíquota ou amplia a base de cálculo.

Nesse sentido os ensinamentos de Sampaio Dória, "in" Da Lei Tributária no Tempo, São Paulo, Obelisco, 1968, págs. 321 e 322, e José Souto Maior Borges, em Lançamento Tributário Malheiros, Editores, 2ª Edição, págs. 233/234, e, já citado na decisão recorrida, Zuudi Sakakihara, em Código Tributário Nacional Comentado.

E também não se está diante de uma questão de retroatividade de lei, mas de aplicação imediata. Vicente Rao, no clássico "O Direito e a Vida dos Direitos", Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, págs. 361 e seguintes, dá contornos nítidos dessa distinção.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

E se o dispositivo é de natureza procedimental tem aplicação imediata, nos precisos termos do artigo 144, § 1º do Código Tributário Nacional, que reza:

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

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.”

A lei é expedida para dispor até que outra lei a revogue ou modifique. E isso ocorreu com a Lei nº 9.311/96, cujo § 3º do artigo 11, foi modificado por lei posterior, Lei nº 10.174, de 09/01/2001, exatamente para adequá-la à nova sistemática instituída pela lei complementar que, como se viu, ampliou os poderes procedimentais da fiscalização.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 506.232-PR (2003/0036785-0), relator o Ministro Luiz Fux, com voto-vista do Ministro José Delgado, por unanimidade de votos, decidiu pela legitimidade da aplicação imediata das normas procedimentais de que trata o art. 6º da Lei nº 105/2001 e legislação nele fundamentada, alçando fatos pretéritos.

No voto-vista, o Ministro José Delgado, acompanhando o voto do relator, conclui que, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, pode a administração tributária examinar, sem autorização judicial, contas bancárias de contribuintes referentes a períodos anteriores à referida lei.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

As objeções de ordem constitucional à nova legislação é frontal. Pretende que o Conselho reconheça a inconstitucionalidade da lei complementar. No entanto, ainda tramitam na Suprema Corte Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei Complementar nº 105/2001 e contra a Lei nº 10.174/2001. Esta matéria, inobstante a posição pessoal do julgador, não pode composta nesta instância administrativa, enquanto não for pacificada pela Suprema Corte, segundo o disposto no art. 22-A, no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, introduzido pela Portaria nº MF nº 103, de 23/04/2002, posterior ao Ac. CSRF/01-03.620. E, daí, não acolho a preliminar de nulidade dos autos de infração por quebra de sigilo, ou violação das normas procedimentais estabelecida pela nova legislação.

DO MÉRITO:

1-Da omissão de receitas:

Com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras requisitadas, a empresa foi intimada a prestar informações sobre a origem dos depósitos efetuados nas contas correntes bancárias de sua titularidade constante de 88 planilhas (fls. 44/46), não atendendo à intimação.

A partir de 1º de janeiro de 1997, a Lei nº 9.430, de 27/12/96, passou a disciplinar o lançamento com base em presunção de desvio de receitas indiciada por depósitos bancários, revogando os demais mandamentos legais que sobre ela dispunham (arts. 87 e 88, inciso XVIII).

Diz o dispositivo:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A presunção legal em questão é relativa, comportando prova em contrário. No entanto, nenhuma prova a empresa trouxe aos autos que infirmasse a presunção de omissão de receitas, limitando-se a arguir práticas contrárias ao devido processo legal que, como já se demonstrou, não ocorreram tampouco. E também, com recurso à jurisprudência formada com base na legislação revogada, que não tem lugar na espécie.

E a repetição de argumentos já apresentados nas preliminares, faz com que o relator se reporte aos argumentos com base nos quais a rejeitou, inclusive no que respeita a questão de constitucionalidade dos dispositivos que fundamentaram o lançamento.

De resto, o legislador ordinário pode estabelecer presunções, invertendo o ônus da prova. O que se abjura são as presunções comuns, salvo como matéria de prova, desde que graves, precisas e concordantes.

2-Do arbitramento:

Inicialmente, para que se tenha boa visão dos fatos que ensejaram o arbitramento de lucros, transcrevo os seguintes excertos do Termo de Verificação Fiscal (fls.2.884 e 2.885):

“I-INTRODUÇÃO

1.1 - O presente trabalho originou-se do Mandado de Procedimento de Fiscalização — MPF N° 09.2.01.00.2004.00305-4 (fi. 001), determinando



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

verificações preliminares dos tributos e contribuições federais no período de 05/1999 a 03/2004, no tocante a correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, e, ainda, a fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) relativa aos anos de 2000, 2001 e 2002, que originou o lançamento de crédito tributário no processo principal de número 11516002563/2004-81 (IRPJ e reflexos).

1.2 — No ano calendário de 2000, que foi objeto de lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), o contribuinte apresentou suas declarações de rendimentos da pessoa jurídica preenchida com zeros (fis. 1761 a 1 780), deixando de informar corretamente as receitas auferidas, relativamente aos anos de 2001 e 2002 a Fiscalizada. Não encaminhou à Secretaria da Receita Federal suas declarações de rendimentos da pessoa jurídica.

II- DA FISCALIZAÇÃO DO IRPJ ANOS DE 2000 A 2002

Os sistemas gerenciais da Secretaria da Receita Federal detectaram que no ano calendário de 2000 a empresa Fiscalizada encaminhou a Secretaria da Receita Federal declaração de rendimentos preenchida com zeros, deixando de informar as receitas auferidas, relativamente aos anos calendário de 2001 e 2002 não foram entregues declarações de rendimentos. Ademais, dados da CPMF fornecidos por instituições bancárias revelavam que grandes quantias de recursos haviam sido depositadas em contas bancárias mantidas pelo contribuinte no período de 2000 a 2002.

Dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, mediante convênio assinado entre Fisco Federal e Estadual, informam que no citado período o contribuinte havia declarado ao Fisco Estadual ter auferido receitas. Assim, foi expedido o Mandado de Procedimento Fiscal Nº 09.2.01.00.2004.00305-4 determinando a Fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica nos anos de 2000 a 2002 e, verificações obrigatórias dos demais tributos federais nos últimos cinco anos no tocante a correspondência entre os valores declarados e os valores apurados na escrita contábil e fiscal.

III - DOS PROCEDIMENTOS INICIAIS (TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO Nº 001/2004)

Através de Termo de Início de Fiscalização datado de 3 0/04/2004 constante às fis. 004 a 007, solicitamos a apresentação de diversos livros e documentos contábeis.

Em atendimento ao solicitado (fis. 008 a 033 do processo principal), entre outros elementos, foram fornecidas as fotocópias do protocolo de entrega da Declaração de Informações Econômico Fiscais (fis. 009 a 012) que o contribuinte encaminhou a Secretaria de Estado da Fazenda dos anos base de 2000 a 2003 na qual foram informadas as receitas dos respectivos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

anos calendários. Foram apresentados os livros de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS do referido período, cujas fotocópias estão acostadas às fls. 1780 a 2282 do processo principal, além de planilhas denominadas "INFORMAÇÕES PRESTADAS A SRF" (fis. 016 a 030 do processo principal) nas quais o contribuinte informa, mês a mês, as receitas auferidas, consoante os valores escriturados em seus livros fiscais de ICMS.

No item a) do termo de início foram pedidos livros Diário e Razão / livro caixa visando auditoria do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e dos demais impostos e contribuições federais, sendo que a Fiscalização formulou nova intimação solicitando a apresentação dos livros fiscais (termo de Intimação 00 1/2004) informando as conseqüências de sua falta de apresentação."

IV - TERMOS DE INTIMAÇÃO NÚMEROS 001/2004 DATADOS DE 10/05/2004 (FLS. 034 A 037 DO PROCESSO PRINCIPAL)

Através do Termo de Intimação acostado às fis. 036 e 037 foi solicitado, novamente, que o contribuinte apresentasse, em um prazo de 20 dias, livros Diário e Razão do período fiscalizado, tendo sido informado que sua falta de apresentação ensejaria o arbitramento dos lucros, conforme os ditames do artigo 530 e seus incisos do Regulamento do Imposto de Renda —RIR/99. Em sua resposta (fl. 038), o contribuinte informa que " relativo ao termo de intimação 001/2004, datado de 10/05/2004, evidenciamos, por meio deste, a impossibilidade de apresentar os elementos solicitados no referido termo.

Através do outro termo de intimação acostado às fis. 034 a 036 foram solicitadas notas fiscais do período de 2000 a 2002, além dos extratos das contas correntes mantidas pelo contribuinte.

Em sua resposta (fls 039 a 43), com relação aos extratos bancários o contribuinte informou estar diligenciando junto ao Banco do Brasil, Banco Real e Unibanco, visando obtê-los, tendo inclusive apresentado fotocóia da solicitação formulada (fls. 039 a 42). Relativamente as notas fiscais solicitadas foi-nos apresentado o Boletim de ocorrência lavrado pela Polícia Civil de número 3794/03 (fls. 043), que relata arrombamento com furto ocorrido nas dependências da empresa em 21/06/2003, de onde, supostamente, foi retirada caixa que continha as notas fiscais solicitadas. "



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Diante da falta de atendimento às intimações do fisco (fls. 6 e 36) para a apresentação dos Livros Diário, Razão/livro caixa, não restou ao fisco senão o arbitramento de lucros, imperativo da lei para semelhante situação.

Com efeito.

A tributação pelo lucro real pressupõe a existência de escrituração regular e que seja apresentada ao fisco quando solicitada para revisão dos resultados apresentados em sua declaração do imposto. Vale dizer que o contribuinte que não atende essas exigências, cuja falta autoriza o arbitramento de lucros (art. 530, inciso I), não pode ser tributado pelo lucro real.

Impõe-se o recurso à segunda forma de determinação da base de cálculo que é o arbitramento, já que a empresa declarara o imposto pelo lucro real.

De todo o exposto, conclui-se que o lançamento é correto, uma vez que a base de cálculo do imposto de renda pode ser arbitrada como está previsto no artigo 44 do Código Tributário Nacional, e o arbitramento se fez com fundamento na legislação de regência (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º, e arts. 530, 532 e 537 do RIR/99). Não houve assim desrespeito ao princípio da reserva legal consagrado nos artigos 3º e 142, par. ún., do referido Código.

A empresa não foi capaz de infirmar os fundamentos fáticos que autorizam a desclassificação de sua escrita e o conseqüente arbitramento de seus lucros, consistente na ausência do livro Diário, sendo descabida a pretensão de substituí-lo por disquetes, nas condições descritas.

Ela não mantinha realmente escrituração regular capaz de determinar com segurança o seu resultado real, justificando-se assim o arbitramento de seus lucros pelo fisco.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

O autuante considerou na base de cálculo do arbitramento a receita detectada nos livros fiscais e a omissão de receitas por depósitos bancários, com o que não concorda a recorrente, pois entende que a receita constante dos livros fiscais deve ser abatida do montante dos depósitos de suas contas-correntes bancárias. Entende que o fisco deveria provar a vinculação de cada depósito a uma receita não escriturada.

Esta medida tinha lugar na legislação fiscal anterior à Lei nº 9.430/96, posto que cabia realmente ao fisco o procedimento pretendido pela recorrente. São inúmeros os arestos do Conselho de Contribuintes nessa linha de pensamento. No entanto, o artigo 42 da citada lei inverteu o ônus da prova, de modo que o que caberia ao fisco fazer passou para a competência do contribuinte. Para que cada receita seja abatida do montante dos depósitos, cabe agora ao sujeito passivo demonstrar que cada depósito corresponde a uma receita contabilizada.

E o contribuinte não fez essa prova.

O autuante, diante das informações prestadas por clientes da fiscalizada, devidamente intimados a tanto (ver fls. 957, 971 e 1029 e seguintes), tomou essa prova apenas para confirmar a prática de desvio de receitas, sendo o montante do desvio de receitas determinado pela soma dos depósitos bancários de origem não comprovada. Se a diferença entre o total dos depósitos e os valores apurados nessas intimações a clientes esgotava o elenco dos desvios de receitas, também caberia à fiscalizada demonstrar, já que o ônus da prova nesse sentido lhe cabia.

E o contribuinte não fez essa prova.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Não basta ao contribuinte alegar falhas no lançamento; é preciso provar que elas ocorreram.

DA MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO:

O auto de infração lançou a multa de lançamento de ofício de que trata o inciso I, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, que tem a seguinte redação:

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, 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; "caput" do dispositivo, com base no inciso II, do referido artigo.

A multa de lançamento de ofício é uma sanção por ato ilícito, ou seja, por descumprimento da lei fiscal. Pune o contribuinte no seu patrimônio.

E exatamente por isso, a limitação ao poder de tributar do legislador ordinário, estabelecido na Constituição Federal, art. 150, IV, refere-se a tributo e não às penalidades por infrações que são distintos entre si, por definição legal (CTN, art. 3º).

Confirmam-se os textos citados:

Art. 3º do CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966):

Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (grifei).

Constituição Federal - Seção II - das limitações do poder de tributar



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar **tributo** com efeito de confisco; (grifei)

No mais a exigência da multa de ofício a que a recorrente considera incabível, decorre de expressa determinação de lei.

O artigo 44, da Lei nº 9.430/96, determina:

“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 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;”

Desta forma, todo e qualquer lançamento “ex officio” decorrente da falta ou insuficiência do recolhimento do imposto enseja o lançamento da multa de ofício.

No caso concreto, como o fisco detectou a falta de recolhimento do tributo, sobre o respectivo valor é cabível a multa prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96, impondo-se a sua aplicação por força do disposto no art. 142 e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional, “ in verbis” :

“Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Dos Juros com base na SELIC:

Também em relação aos juros de mora a autoridade lançadora deve obedecer ao princípio da reserva legal.

Os juros moratórios foram lançados com fundamento no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, como consta do demonstrativo próprio, anexo ao auto de infração (fls. 50), e estão em consonância com a lei nacional.

Com efeito, dispõe o artigo 161 do Código Tributário Nacional:

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

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.” (grifei)

Ocorre que o legislador ordinário, no uso da faculdade que lhe assegurou o § 3º supra, dispôs em contrário, estabelecendo, a partir de janeiro de 1995, a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11516.002563/2004-81
Acórdão nº : 107-08.573

E nada mais natural que assim o fizesse uma vez que a Fazenda para atender as suas necessidades de caixa, inclusive porque a arrecadação não alcance os valores orçamentários previstos no Orçamento, ou por ter de reforçá-los diante de necessidades inadiáveis, recorre ao mercado pagando, inclusive, juros com base na SELIC.

Com efeito, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96, como se verifica no demonstrativo anexo ao auto de infração.

Por derradeiro, 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).

Entendo, portanto, correta a cobrança dos juros de mora com base na SELIC, hoje já admitidos pelos nossos tribunais, tanto na cobrança de impostos e contribuições, como em sua restituição ou compensação.

CONCLUSÃO:

Nesta ordem de juízos, rejeito as preliminares argüidas pela recorrente, e no mérito nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 24 de maio de 2006.

CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES