



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº 13227.000700/2004-23
Recurso nº 158.500 De Ofício e Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2000
Acórdão nº 108-09.811
Sessão de 19 de dezembro de 2008
Recorrentes 1ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA E
ODILON & RIBEIRO LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício:2000

NORMAS PROCESSUAIS - PRECLUSÃO - Não se conhece, na fase recursal, de matéria não agitada na fase impugnatória, pena de supressão de instância.

CONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula nº 2, 1º CC).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE - Não se declara a nulidade do procedimento fiscal qual não restar demonstrada qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - LEI Nº 10.174/2001 - RETROATIVIDADE. A norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por ter natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando inclusive fatos pretéritos.

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA - Caracteriza omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais a interessada, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA - As receitas omitidas, segundo critérios estipulados em lei, compõem a base de cálculo para arbitramento do lucro, quando não for possível a apuração desse lucro pela via

SIMULAÇÃO - MULTA QUALIFICADA - A tentativa de simulação não chega a produzir efeitos e portanto, não se encontra prevista nas condutas descritas nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, que exigem do sujeito passivo a prática de dolo, com a obtenção de resultado a seu favor.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - MULTA QUALIFICADA - A omissão de receitas caracterizada pela existência de depósitos bancários cuja origem não restou comprovada, por se tratar de presunção legal, por si só, não autoriza a imposição da multa qualificada.

IRPJ - CSLL - PIS - COFINS - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A natureza do lançamento, se por homologação ou não, não se identifica com o pagamento, pois o objeto da homologação engloba toda a cadeia de atos interligados tais como a escrituração de lançamentos, apresentação de declarações e, se apurado resultado, o recolhimento de tributos. Considerando que o lançamento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS se dá por homologação, o prazo para o fisco efetuar-lo, quando não ficar comprovado o evidente intuito de fraude, é de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de decadência nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Recurso especial (PFN) negado. (Ac. CSRF/01-05.644, de 21/03/2007).

Preliminar Rejeita.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário Negado.

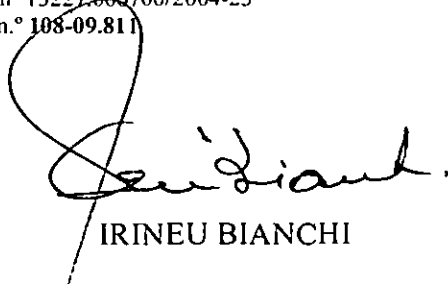
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por 1ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA E ODILON & RIBEIRO LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO de CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso., nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



IRINEU BIANCHI

Relator

FORMALIZADO EM: 06 FEV 2009

Participaram ainda do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e KAREM JUREIDINI DIAS. Ausentes, momentaneamente, os Conselheiros CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA e VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA



Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue: - ... - 05.883.871/0001-14

Trata o processo de lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, no montante de R\$ 2.936.800,28. Fundamentou-se a imputação na apuração de omissão de receita presumida nos anos-calendário de 1998 e 1999 (fls. 1.281 a 1.286).

2.A interessada foi cientificada dos autos de infração no dia 8 de dezembro de 2004 (fl. 1.280). No dia 7 de janeiro de 2005 foi apresentada impugnação (fls. 1.651 a 1.682), cujo teor, em suma foi:

PRELIMINARES.

FISCALIZAÇÃO FORA DA JURISDIÇÃO DA IMPUGNANTE.

1) Todo o procedimento fiscal foi efetivado por meio da DRF/Rio Branco, mas a impugnante tem sede Pimenta Bueno, Rondônia. A receita Federal tem órgãos atuando em Ji-Paraná/RO e Cacoal/RO que, nos termos do regimento interno, detém a competência para fiscalizar a impugnante;

2) que “O curso da ação fiscal em unidade da Secretaria da Receita Federal diversa daquela em que o contribuinte tenha domicílio e possa exercer ampla e livremente o direito à defesa e ao contrário, não só os ditames constitucionais, mas expresso texto de lei insculpido no art. 10 do Decreto nº 70.235/72”;

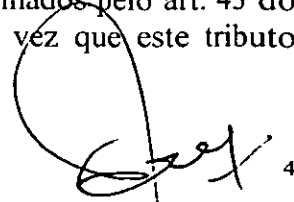
3) que “Como citado, o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 exige que a lavratura do auto de infração se faça no local de verificação da falta, justamente sob o ratio de que a ação fiscal deve-se desenvolver no domicílio do contribuinte, única forma de respeitar o direito de defesa a ser exercido no curso de todo o procedimento fiscal”;

NULIDADE DO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO.

4) que “...o termo de Início de Ação Fiscal (fls. 831) não se prestou a cientificar o sujeito passivo de fato jurígeno tributário de obrigação principal nos termos determinados pelo preceptivo referido do Decreto nº 70.235/72”;

5) que “O aludido termo, de fato, intimou a impugnante a comprovar a inexistência de pressuposto de fato gerador de Imposto de Renda que teria ocorrido em razão de movimentação de créditos em conta-corrente, nos anos-calendário de 1996 à 2000”;

6) que “Ora, a movimentação bancária espelha as receitas do contribuinte. As receitas não se conformam ao conceito de rendas ou de proveitos disciplinados pelo art. 43 do CTN, do qual emana a obrigação relativa ao imposto de renda, uma vez que este tributo decorre de incidência sobre a renda e proventos de qualquer natureza”;



MÉRITO.

DECADÊNCIA.

7) que “O prazo para constituição do crédito tributário relativo ao Imposto de Renda que o Fisco entende devido está extinto pela superveniência da decadência”;

8) que “Não houve fraude para se eximir do pagamento de tributo. A fraude, como definida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, estaria evidenciado caso tivesse comprovado que a impugnante agiu como dolo visando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do tributo ou excluir ou modificar as suas características essenciais com o intuito de evitar ou diferir o pagamento”;

UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF NO LANÇAMENTO FISCAL.

9) que “somente após 10/01/2001, em virtude da nova redação dada ao § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96 pela Lei 10.174/2001 é que se alterou a proibição em permissão de a SRF utilizar as informações recebidas e mantidas em sigilo, além do âmbito da CPMF, ou seja, 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 9.430/96, ressalte-se de caráter geral, referente aos depósitos bancários”;

10) que “Logo, exposto o verdadeiro e completo arcabouço legislativo da CPMF e suas irradiações para outras áreas de natureza tributária temos, irrefutavelmente, que de 24/10/1996 até 09/01/2001 é vedada a utilização de informações além do âmbito da CPMF, o que somente veio a ser permitido a partir de 10/01/2001”;

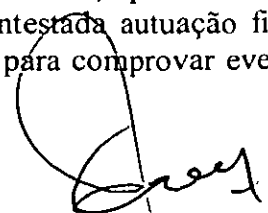
11) que “Em outras palavras, a Administração Fazendária passou a aplicar a nova legislação, de janeiro de 2001, com evidente efeito retroativo, procurando justificar-se no § 1º do art. 144 do CTN, por se tratar, segundo afirma, de matéria meramente formal de apuração, investigação e fiscalização, com aplicação de lei nova”;

12) que “Amplamente demonstrado a ilegalidade da ação fiscal que a Administração Fazendária manteve contra o recorrente. Nessa mesma linha decidiu o Desembargador Federal Newton de Lucca, nos autos nº 2001.03.00.014418-8 (AG 130.619-SP...”;

13) que Felizmente, o Primeiro Conselho de Contribuintes, órgão julgador de segunda instância nos processos administrativos federais, vem definindo pelo reconhecimento de que a Lei nº 10.174/01 é norma de conteúdo material, não podendo retroagir, e que a disposição ínsita no art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 é condicionante inafastável, eivando de vício insanável a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários apurados a partir das informações de que trata o mesmo art. 11, § 2º...”;

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

14) que “No caso em debate, não foram produzidas, pela autoridade fiscalizadora, provas que EFETIVAMENTE possam suportar a contestada autuação fiscal e simples presunções, alegações e suposições que não são suficientes para comprovar eventuais irregularidades”;



15) que “Também é cediço em caudalosa e mansa jurisprudência administrativa que as exigências tributárias somente poderão ser formalizadas com prova segura da ocorrência dos fatos arrolados expressamente pela lei como presunção de omissão de receita. Vejamos excertos de recentes acórdãos proferidos pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Superior de Recursos Fiscais do referido Ministério...”;

16) que “O extinto e. Tribunal Federal de Recursos, com sua sempre presente jurisprudência, já albergava a tese esposada pela recorrente, a teor do julgamento proferido na MAS nº 75.335...”;

17) que “assim é o entendimento do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda de que não é cabível a manutenção de arbitramento de lucro apurado fundamentalmente na movimentação bancária do contribuinte...”;

18) que “No caso vertente, de extravio ou destruição de livros ou documentos, não comprovada a existência de culpa da empresa e adotados os procedimentos de comunicação do extravio ou destruição fixados no art. 264, § 1º, do RIR/99, como de fato foi realizado a teor do procedimento de demonstração das folhas 877/893, na impossibilidade da reconstituição da escrituração e uma vez que não é conhecida a receita bruta do contribuinte, o lucro arbitrado deve ser determinado com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, do aluguel das instalações ou do lucro líquido de períodos anteriores, nos exatos e exaustivos termos que determina o art. 51 da Lei nº 8.981/95”;

19) que “Neste diapasão, a movimentação bancária da impugnante também não atende ao conceito de faturamento ou receita bruta a identificar a base de cálculo das contribuições identificadas na peça impositiva fiscal, a teor das leis de regência de cada uma das exações”;

TAXA SELIC.

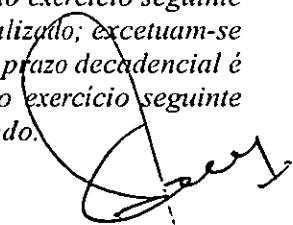
20) que “O auto de infração controvertido também é insubsistente uma vez que informa a utilização da taxa SELIC como sucedâneo dos juros moratórios o que é inconstitucional por vulnerar o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal”.

A ação fiscal foi julgada procedente em parte consoante o Acórdão nº 01-7.280 (fls. 1697/1712), da Primeira Turma da DRJ em Belém (PA), o qual se apresenta assim ementado:

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

Ano-calendário: 1999

DECADÊNCIA. Procede, em parte, a arguição de decadência tendo em vista que nos casos de comprovação de fraude ou simulação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido formalizado; excetuam-se da regra, entretanto, as contribuições sociais, cujo prazo decadencial é de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.



DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. Caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI - O § 1º do art 144 do CTN faz alusão à legislação que introduza aspectos de direito adjetivo, não se cogitando de retroatividade para essa legislação, porquanto para a sua aplicação é necessário apenas que esteja em vigência quando da ação fiscal.

TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO - A formalização do Termo de Início de Fiscalização em harmonia com as disposições legais aplicáveis tem como corolário a rejeição de preliminar suscitando a nulidade da ação fiscal, mormente se o argumento traz no seu bojo a demanda pela indicação das infrações apuradas em concomitância com o início da ação fiscal, o que é inexecutível.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. LOCAL DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - O auto de infração deve ser lavrado no local de apuração da irregularidade, não se configurando hipótese de nulidade o fato de o mesmo ter sido lançado na repartição fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não estando configurada a ocorrência de preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA - As receitas omitidas, segundo critérios estipulados em lei, compõem a base de cálculo para arbitramento do lucro, quando não for possível a apuração desse lucro pela via ordinária.

JUROS. TAXA SELIC - Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar arguição de sua inconstitucionalidade".

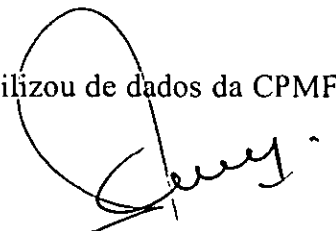
Cientificada da decisão (fls. 1717), a interessada, tempestivamente, interpôs o recurso voluntário de fls. 1720/1753, aduzindo os mesmos argumentos da impugnação, assim sintetizados:

Que a decisão de primeira instância persevera em claro desrespeito à direito fundamental do contribuinte ao deixar de reconhecer a nulidade do procedimento fiscal que teve curso fora da jurisdição fazendária na qual a recorrente tem domicílio fiscal;

Que é equivocada a decisão recorrida quando afirma que não se aplicam ao caso em exame as disposições do art. 150, § 4º do CTN, em decorrência da constatação de fraude;

Que não pode prosperar a decisão recorrida quando entende que o prazo decadencial das contribuições sociais é de 10 (dez) anos;

Que o auto de infração é insubsistente uma vez que utilizou de dados da CPMF para fins de constituição do crédito tributário;



Que o auto de infração é insubsistente ao presumir a ocorrência de omissão de receitas a partir de depósitos bancários;

A peça recursal nada alegou quanto à nulidade relativamente ao termo de início da fiscalização e quanto à impossibilidade de utilização da taxa Selic como indexador dos juros de mora, argumentos estes que foram invocados na impugnação.

Por outro lado, inovou na linha defensiva ao dizer que é ilegal o auto de infração que exige o Pis e a Cofins com base na Lei nº 9.718/1998, por vício de inconstitucionalidade.

Também trouxe argumento novo ao dizer que houve ofensa ao disposto no art. 142 do CTN, uma vez que o valor do auto de infração não espelha o fato jurígeno tributário. Segundo a recorrente, o agente fiscal comete *bis in idem* ao não deduzir do crédito tributário os correspondentes tributos que a empresa apurou e declarou em DCTF's e que foram pagas consoante os documentos de arrecadação que apresenta.

É o relatório.

Voto

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

De imediato deixo assentado que não conheço das matérias não suscitadas na impugnação, pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição.

De outra parte, também deixo de conhecer do recurso quanto a argumentos calcados em inconstitucionalidade de diplomas legais, face o que restou assentado na Súmula nº 2, com a seguinte dicção:

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

Início o exame do recurso interposto pela preliminar mais abrangente.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL

Como preliminar, a recorrente suscita a nulidade do procedimento fiscal uma vez que o mesmo teve curso fora da jurisdição fazendária na qual a recorrente tem domicílio fiscal.

O argumento foi examinado pela decisão recorrida da seguinte maneira:

“4. A respeito da alegação da impugnante de que o procedimento de fiscalização foi integralmente formalizado fora de sua jurisdição, forçoso reconhecer o equívoco postado na peça impugnatória.

5. Nas folhas 1 a 37 constam os MPF indicando que a fiscalização foi conduzida pela DRF/Ji-Paraná, que jurisdiciona a área onde se localiza a impugnante. A DRF/Ji-Paraná em momento algum da ação fiscal deixou de ter a jurisdição sobre a fiscalização na impugnante.

6. Mesmo que os trabalhos tivessem sido desenvolvidos parcialmente nas dependências da DRF/Rio Branco, como de fato ocorreu, o expediente em nada afeta o lançamento, por ter suporte nas disposições contidas no artigo 904 do RIR (grifei):

Art. 904. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei No 2.354, de 1954, art. 7o, e Decreto-Lei No 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

§ 1o A ação fiscal direta, externa e permanente, realizar-se-á pelo comparecimento do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional no domicílio do contribuinte, para orientá-lo ou esclarecê-lo no cumprimento de

seus deveres fiscais, bem como para verificar a exatidão dos rendimentos sujeitos à incidência do imposto, lavrando, quando for o caso, o competente termo (Lei No 2.354, de 1954, art. 7o).

§ 2o A ação do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional poderá estender-se além dos limites jurisdicionais da repartição em que servir, atendidas as instruções baixadas pela Secretaria da Receita Federal.

§ 3o A ação fiscal e todos os termos a ela inerentes são válidos, mesmo quando formalizados por Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo (Lei No 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1o).

7. Quando ao local de lavratura do auto de infração, o argumento é empinado de maneira recorrente nas impugnações submetidas a esta Delegacia de Julgamento, e convém enfrentá-lo de início com mais atenção e vagar.

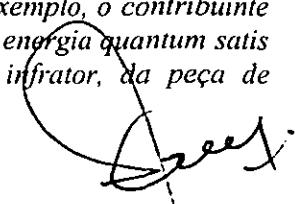
8. Diz o caput do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972:

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

9. Querem alguns emprestar a esta dicção, em que se fala de local da verificação da falta, o significado de ocorrência da falta, realização da falta. Como a dicção é de natureza genérica, a ser verdadeiro tal entendimento, estaria impedido o Fisco de lavrar autos de infração, por exemplo, do Imposto de Renda da Pessoa Física, a não ser na residência ou no local de trabalho dos contribuintes, ou quiçá nas agências bancárias por onde circula a sua renda; infrações aduaneiras teriam seus autos lavrados a bordo dos navios e aviões, ou sobre caminhões, ou nos laboratórios de identificação de mercadorias, ou ainda no ponto da estrada onde foram desviadas as mercadorias submetidas ao regime de trânsito aduaneiro.

10. Restaria uma plethora de casos por resolver onde teria ocorrido a falta. Uma diferença no valor aduaneiro ocorreu aonde? Em que banco foram guardados os recursos do Caixa 2 manipulados pela empresa? E quando os livros fiscais estiverem em poder do contador da empresa, no seu escritório de contabilidade: poderia o fisco lançar um auto nesse escritório ou, para legitimar o feito, deveria acorrer ao estabelecimento da empresa, munido de seus apetrechos de escriba mecanizado, para aí então destilar o seu lançamento? Como conciliar o entendimento ora ventilado com o instituto da revisão do lançamento e os autos de infração dele decorrentes, feitos nas repartições fiscais? Seriam ilegítimos?

11. Tal entendimento iria erigir uma situação de impunidade, que afrontaria o interesse público e a segurança jurídica garantida pela lei. O infrator teria, assim, à sua disposição, um argumento fácil e certo para elidir as suas obrigações para com o Fisco, ficando este impossibilitado de exercer o seu ofício se, por exemplo, o contribuinte não lhe cedesse espaço, equipamentos, material, energia quantum satis para elaboração, no próprio estabelecimento infrator, da peça de autuação.



12. Outra acepção, felizmente, pode-se inferir da exegese da Norma em destaque, esta, sim, mais consentânea com a realidade e capaz de se integrar no ordenamento jurídico do país. Verificar é: provar a verdade de; investigar a verdade de; achar que é exato; averiguar; confirmar; corroborar. Sabedor de que o lançamento fiscal de ofício resulta de um procedimento complexo, que contempla investigações de fatos, coleta de provas, tipificação e enquadramento legal, uso de recursos de quantificação e cálculo dos tributos devidos, de forma equilibrada e meditada para que não ocorram excessos de exação, o Legislador não poderia manietar o agente do Estado, o fiscal de tributos, impondo-lhe uma condição de trabalho inexecutável, sob pena de se frustrar o objetivo da Lei Tributária.

13. Assim, em que pese a inegável sapiência jurídica dos tratadistas em sentido contrário, rejeita-se a preliminar argüida e fica-se com a simplicidade e percuciência de LUIZ HENRIQUE BARROS DE ARRUDA, em seu belo trabalho sobre o Processo Administrativo Fiscal, quando diz:

O artigo 10 exige que a lavratura do auto de infração se faça no local de verificação da falta, o que não significa o local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada, nada impedindo, portanto, que isso ocorra no interior da própria repartição ou em qualquer outro local, conforme o caso.” in Processo Administrativo Fiscal – Ed. Resenha Tributária – SP – 1994 – fl. 45)

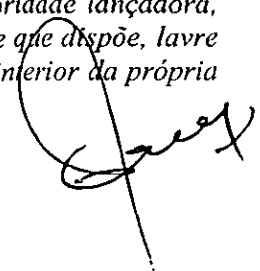
14. Com efeito, não há qualquer irregularidade em relação ao fato de o Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento da contribuinte. Já decidiu o 1º CC no Ac. 105-7.910/93 que:

O auto de infração deve ser lavrado no local de apuração da irregularidade, não se configurando, portanto, hipótese de nulidade o fato de o mesmo ter sido lançado na repartição fiscal. Tampouco a falta de pedido de esclarecimentos enseja nulidade de ação fiscal, pois a fase do contraditório, instaurada com a impugnação, abre oportunidade para o oferecimento de todos os esclarecimentos por parte da autuada, não se configurando, tampouco, a hipótese de cerceamento de defesa.

15. O Acórdão nº 104-10.641/93 do 1º Conselho de Contribuintes vai nessa mesma linha:

Perfeitamente legal a lavratura do auto de infração na repartição fiscal, vez que a lei prevê seja ele lavrado no local de verificação da falta e não obrigatoriamente no estabelecimento do contribuinte.

16. Tais decisões se coadunam com a idéia de que o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, ao determinar que “ o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, [...]”, o faz exigindo que a lavratura se faça no local de verificação da infração, que pode, como é óbvio supor, não ser o mesmo onde a infração foi praticada. Ora, nada impede que a autoridade lançadora, depois da análise de todos os dados e documentos de que dispõe, lavre o Auto de Infração, após a constatação da falta, no interior da própria repartição.



17. Desta forma, resta clara possibilidade da lavratura do auto de infração na DRF/Rio Branco (ou qualquer outra localidade) se a repartição dispunha dos elementos necessários para a caracterização e formalização do lançamento. Correta, portanto, a atitude da autoridade lançadora quanto a este aspecto”.

Entendo que no particular a decisão de primeira instância deu adequada solução à lide, ainda mais que não se deduz da atividade fiscalizadora qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa por parte da interessada.

É cediço que até o encerramento da fiscalização temos apenas um proceder investigatório que pode ou não culminar com uma acusação fiscal. Nesta fase inicial não há que se falar em princípio de contraditório e ampla defesa.

Somente com a lavratura do auto de infração é que se abre a oportunidade processual de o contribuinte articular a sua defesa e lançar mão dos meios probatórios permitidos em direito.

Assim, não demonstrado objetivamente qualquer prejuízo para a defesa do sujeito passivo, devem ser rejeitados os argumentos tendentes a anular toda a ação fiscal.

MÉRITO - CPMF

Quanto ao mérito, a peça recursal não se insurge contra o arbitramento levado a efeito, de modo que passo ao largo desta particularidade do lançamento.

Como argumento tendente à neutralizar a totalidade do auto de infração a recorrente argumenta no sentido da insubsistência do auto de infração por utilização de dados da CPMF para fins de constituição de crédito tributário, notadamente por fatos anteriores ao advento da Lei nº 10.174/2001.

A alegação de que a **Lei nº 10.174/2001** não poderia retroagir para alcançar fatos dos anos-calendário anteriores é equivocada.

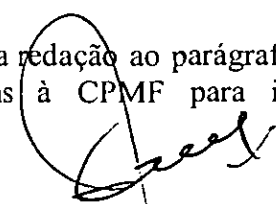
É verdade que o § 3º do art. 11, da Lei nº 9.311/1996 (que instituiu a CPMF), vedava a utilização das informações a ela referentes para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, conforme se depreende do texto a seguir reproduzido:

“Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

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

Contudo, o art. 1º da Lei nº 10.174/2001 deu nova redação ao parágrafo acima transcrito, facultando a utilização das informações relativas à CPMF para instaurar



procedimento administrativo e efetuar lançamento de outros tributos, como se verifica pela sua leitura:

“§ 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”.

Para saber se é possível aplicar a nova redação do § 3º do art. 11, da Lei nº 9.311/1996 a fatos anteriores, cabe a leitura do *caput* e do § 1º do art. 144 do CTN :

“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, ampliando 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”.

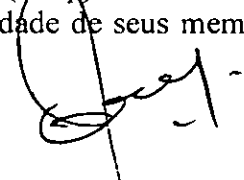
Verifica-se, pois, que enquanto o *caput* do artigo acima transcrito se refere à aplicação da lei de regência do fato gerador, o seu parágrafo primeiro diz respeito a critérios de apuração do crédito tributário ou processos de fiscalização.

A teor do que dispõe a norma transcrita, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

Deste modo, a norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por ter natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando inclusive fatos pretéritos.

Portanto, considerando-se a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, chega-se à conclusão de que é possível aplicar o art. 1º da Lei 10.174/2001, bem como o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador tenha se verificado em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não tenha sido alcançada pela decadência.

Vale ressaltar que a questão vem sendo decidida nesse sentido de forma reiterada pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, no acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, ao apreciar o agravo 2002.04.01.003040-0/PR (Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – 02.05.02 – DJU 2 05.06.02, p 164). Cite-se também a decisão da Primeira Turma do STJ, ao apreciar idêntica matéria, contida no Recurso Especial (Resp) nº 506.232-PR (2003/0036785-0), em Sessão de 28.10.2003, que concluiu, à unanimidade de seus membros, em idêntico sentido.



Ressalte-se ainda a adoção pela Receita Federal do Parecer PGFN/CAT/Nº 1649/2003 (DO de 13/01/2004), que fixou o entendimento da aplicação imediata da lei nova que não instituiu nova hipótese de incidência tributária, para legitimar os procedimentos adotados pelo órgão fiscal, na utilização dos dados financeiros anteriormente obtidos pelas informações da CPMF.

Deste modo, revela-se equivocado o entendimento da interessada no sentido da irretroatividade da Lei 10.174/2001, não se podendo acatar a alegação de nulidade do procedimento fiscal.

As razões de decidir estão em consonância com a jurisprudência predominante no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes, não merecendo qualquer censura.

MÉRITO – OMISSÃO DE RECEITAS – PRESUNÇÃO

Outro argumento tendente a neutralizar a totalidade das exigências, é o que diz respeito à impossibilidade de os depósitos bancários, por si só, evidenciarem disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou proventos.

Segundo a recorrente, tendo havido o extravio dos seus livros fiscais e contábeis, o que foi comunicado ao fisco, o arbitramento do lucro não poderia levar em conta o valor dos depósitos bancários pois estes atendem a conceituação de receita conhecida.

A propósito, o arbitramento levado a efeito é de todo procedente, uma vez que o sujeito passivo, mesmo intimado por inúmeras vezes, deixou de apresentar seus livros fiscais e contábeis, impedindo a correta apuração do seu resultado tributável.

Quanto à base de cálculo propriamente dita, de início deve ficar assentada a legitimidade da presunção legal que caracteriza como omissão de receitas os depósitos bancários não contabilizados.

Com efeito, após a edição da Lei n. 9.430/96 (art. 42), não existem mais dúvidas a respeito da legitimidade do procedimento fiscal de presumir a omissão de receitas ou rendimentos tributáveis quanto a valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

Apenas para ilustrar, cita-se alguns julgados:

"IRPJ - CSLL - PIS/FATURAMENTO - COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Quando a autoridade fiscal apura movimentação financeira nos estabelecimentos bancários de um determinado contribuinte e este, quando intimado, não consegue comprovar a origem dos valores depositados, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza o arbitramento da receita omitida, com base nos valores depositados". (Ac. 105-15428)

No mesmo sentido:

“IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA — OCORRÊNCIAS ANTERIORES A 1997 – A presunção legal de omissão de receitas nos casos de depósitos bancários de origem não comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, só produz efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997, conforme disposto no art. 87 deste mesmo diploma legal”. (Ac. 108-08.430)

Ainda:

“DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS - O artigo 42 da Lei nº 9.430/96 erigiu em legal a antiga presunção simples de que a falta de comprovação da origem de recursos depositados em conta bancária do contribuinte, objeto de expressa intimação para sua comprovação, o que não fazer ou mesmo tentar, reflete omissão de receitas”. (Ac. 103-22.660)

Fixada a premissa, cumpre destacar que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um crédito tributário, considerado isoladamente. Ao contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem do numerário creditado, como no presente caso, em que, por inúmeras vezes o fisco intimou o sujeito passivo, dando-lhe a oportunidade de comprovar os depósitos bancários, sem sucesso.

A insurgência da recorrente não é contra o arbitramento propriamente dito mas sim contra a base de cálculo utilizada pelo fisco. No seu entender, os depósitos bancários não representam “receita conhecida” razão pela qual outro deveria ser o critério, qual seja, o lucro deveria ser determinado com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, etc, consoante os termos do art. 51 da Lei nº 8.981/95.

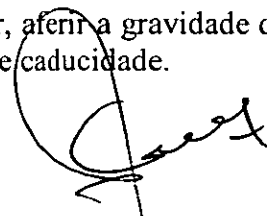
Ora, através da auditoria fiscal, restou evidenciada a omissão de receitas. Para determinar o valor das receitas omitidas, os agentes fiscais cumpriram as exigências legais, tendo o cuidado de ofertar ao sujeito passivo a oportunidade de justificar os depósitos bancários sob investigação. Também concedeu oportunidade e prazo para que a contabilidade fosse refeita.

Diante da inércia do sujeito passivo e amparado na presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco determinou o montante da receita omitida, sendo este o primeiro critério para determinar o lucro tributável.

Logo, nenhuma censura merece a acusação fiscal e por consequência, a decisão recorrida.

Desta forma, apresentando-se o lançamento materialmente perfeito, passo à análise dos demais argumentos capazes de influenciar no *quantum debeatur*, iniciando pela análise da decadência.

Para tanto, faz-se necessária, em primeiro lugar, a aferir a gravidade das infrações já reconhecidas a fim de determinar o termo inicial do prazo de caducidade.



Colho da Descrição dos Fatos (fls. 1285), que a aplicação da multa qualificada teve por base, de um lado, a tentativa de simulação e de outro, a omissão de informações dos depósitos bancários.

Confira-se:

“A tentativa de simular as alterações de sócios, de endereço e de razão social, conjuntamente com a movimentação de vultuosos recursos em conta corrente, omitindo informações que deveriam ser prestadas ao fisco, denota evidente intuito de fraude, com o propósito de dificultar a atuação do fisco e de evadir-se da tributação, além de constituir flagrante infração legal”.

O primeiro dos fundamentos é insubsistente por si só, uma vez que a própria autoridade fiscalizadora entendeu ter havido mera tentativa de simulação.

Tanto isto é verdade que, demonstrada a ineficácia das alterações contratuais para fins tributários, restaram arrolados como responsáveis solidários pelo crédito tributário os sócios efetivos, os Srs. Eugênio Odilon Ribeiro e Euflávio Odilon Ribeiro.

Quanto ao segundo motivo, também entendo que o mesmo não resiste ao mero argumento de que a omissão de receitas parte de mera presunção, o que, a rigor, não passa de uma penalidade imposta ao contribuinte.

Mas, como dito anteriormente, sendo uma presunção legal, deve ser acatada na sua inteireza. Contudo a presunção de que os depósitos bancários revelam omissão de receita, não autoriza a exacerbação da multa, pois para tanto, necessária se faz a demonstração inequívoca do dolo.

Nestas condições, não vejo como imputar dolo, fraude, sonegação, conluio ou simulação na caracterização dos respectivos fatos geradores objetos de lançamentos contidos nestes autos.

Cito:

“IRPJ – DECADÊNCIA – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – A classificação do lançamento, se por homologação e portanto com o prazo de decadência fixado pelo art. 150, parágrafo 4º, do CTN, não depende do recolhimento do tributo. Tributo sujeito por homologação é aquele em que a lei estabelece ao contribuinte o dever de apurar e recolher o tributo independentemente de ato administrativo prévio. Recurso especial (PFN) negado.” (Ac. CSRF/01-05.464, DE 19/06/2006).

IRPJ/CSL/PIS/COFINS – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO – A natureza do lançamento, se por homologação ou não, não se identifica com o pagamento, pois o objeto da homologação engloba toda a cadeia de atos interligados tais como a escrituração de lançamentos, apresentação de declarações e, se apurado resultado, o recolhimento de tributos. CSL – DECADÊNCIA – Considerando que a Contribuição Social Sobre o Lucro é lançamentos do tipo por homologação, o prazo para o fisco efetuar lançamento, quando não ficar comprovado o evidente intuito de fraude, é de 5 anos

a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de decadência nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Recurso especial (PFN) negado.” (Ac. CSRF/01-05.644, de 27/03/2007).

IRPJ - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DECADÊNCIA – O tributo submetido à modalidade do chamado lançamento por homologação rege-se pela regra do art. 150, § 4º do CTN, com a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir do fato gerador. CSL/COFINS – DECADÊNCIA – ART. 45 DA LEI Nº 8212/91 – INAPLICABILIDADE – Por força do Art. 146, III, b, da Constituição Federal e considerando a natureza tributária das contribuições, a decadência para lançamentos de CSL e COFINS deve ser apurada conforme o estabelecido no Art. 150, § 4º, do CTN, com a contagem do prazo de 5 (cinco) anos a partir do fato gerador.” (Ac. CSRF/01-05.246, DE 14/06/2005)”.

A decadência para a constituição de créditos tributários relativos as contribuições sociais para a seguridade social que o Superior Tribunal de Justiça vinha proferindo sentenças conflitantes, agora foi uniformizada com a Súmula nº 08, do Supremo Tribunal Federal que decretou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

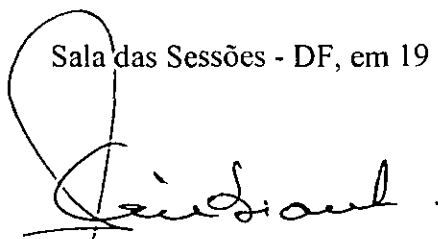
Desta forma, levando-se em consideração que a recorrente foi cientificada dos lançamentos na data de 8 de dezembro de 2004, pode afirmar-se com absoluta segurança que está decaído o direito de a Fazenda Pública da União de constituir créditos tributários de IRPJ e CSLL, para os fatos geradores trimestrais ocorridos no ano-calendário de 1998, assim como para os fatos geradores relativos aos 3 (três) primeiros trimestres de 1999 e para as contribuições sociais para COFINS e PIS/FATURAMENTO, para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 1998 a novembro de 1999.

Esclareça-se que em relação ao IRPJ dos 3 (três) primeiros trimestres de 1998, a decisão de primeira instância já afastou a sua exigência em face decadência do direito da Fazenda Pública constituir os respectivos créditos tributários.

Por fim, consigno que os recolhimentos demonstrados pelos documentos trazidos com o recurso e realizados no âmbito de parcelamento especial deferido pela PFN deixam de ser aqui conhecidos por não integrarem a lide e deverão ser apreciados pela unidade encarregada da execução deste julgado.

DIANTE DO EXPOSTO e por tudo o mais que dos autos consta, conheço do recurso voluntário e voto no sentido de: a) rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração; b) DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para acolher a decadência do direito de constituir o crédito tributário de: a) IRPJ referente ao 4º trimestre de 1998 e aos 3 (três) primeiros trimestres de 1999; b) CSLL referente aos fatos geradores ocorridos em 1998 e aos três (3) primeiros trimestres de 1999; c) PIS e COFINS, relativas aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro de 1998 a novembro de 1999.

Sala das Sessões - DF, em 19 de dezembro de 2008.



IRINEU BIANCHI