



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº	13830.000412/2005-31
Recurso nº	155.578 Voluntário
Matéria	IRPJ E OUTROS - Exs.: 2001, 2002
Acórdão nº	108-09.522
Sessão de	22 de janeiro de 2008
Recorrente	CARVALHO PINTO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.
Recorrida	5ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

PEREMPÇÃO. PRAZO. Pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, reabre-se o prazo para o recurso voluntário, quando a intimação for por edital e restar provado o não esgotamento, pela administração fazendária, dos meios profícuos para a eficaz intimação da contribuinte (art. 23 § 1º do Dec. nº 70.235/72).

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL. Não comprovada pela contribuinte a origem, com documentação hábil e idônea, dos depósitos bancários comprovados pela autoridade fiscal, em regular procedimento de fiscalização, caracterizam a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

LC 105/2001. RETROATIVIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Não há que arguir-se a irretroatividade da LC nº 105/2001, posto tratar-se de procedimento fiscal, nos termos do art. 144 § 1º do CTN - Lei nº 5.172/66. Prescindível autorização judicial para a mera transferência de dados, em sigilo, entre a instituição bancária e o fisco, após a efetiva instauração do procedimento de fiscalização.

MULTA DE OFÍCIO E CONFISCO. A simples omissão de receita não configura por si só atributo para a qualificação da multa de ofício em 150%, sem a prova cabal pela autoridade fiscal do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Aplicável a Súmula nº. 14 do 1º CC, vigente a partir de 28/07/2006.

TAXA SELIC. O art. 13 Lei nº 9.065/95 estabelece a aplicação de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC, para os débitos tributários, não pagos até o vencimento, estando, portanto legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional.

INCONSTITUCIONALIDADES. Aplica-se a Súmula nº 2 do 1º CC, em vigor a partir de 28/07/2006, que determinou "O Primeiro

Handwritten signatures and initials

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Apurada a tributação do IRPJ, aplica-se a exigência reflexa da CSLL, do PIS e da COFINS, por sua relação de causa e efeito.

Preliminar acolhida.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CARVALHO PINTO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONHECER do recurso e rejeitar as preliminares, e, no mérito, por maioria, DAR PROVIMENTO PARCIAL, para desqualificar a penalidade reduzindo-a para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Teixeira da Fonseca e Márcia Miranda Gomes Clementino (Suplente Convocada), que negavam provimento ao recurso.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



MARGIL MOURÃO GIL NUNES

Relator

FORMALIZADO EM: 30 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e KAREM JUREIDINI DIAS. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO e MARIAM SEIF.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão n.º 8.543, de 07 de julho de 2005, da 5ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto/SP, doc.fls.346/366, que por unanimidade de votos, consideraram procedente o lançamento, nos termos da seguinte ementa:

"DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Por presunção legal contida na Lei n.º 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

IRRETROATIVIDADE DE LEI.

A Lei Complementar n.º 105 de 2001 apenas ampliou os poderes de fiscalização do Fisco, inclusive quanto a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua vigência, ficando, pois, afastada a alegação de desrespeito ao princípio da irretroatividade.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADES.

Falece competência à autoridade julgadora de primeira instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade e/ou legalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

MATÉRIA DE FATO NÃO CONTESTADA.

A não contestação expressa dos fatos apontados na autuação pressupõe a concordância da impugnante e indica sua indiscutibilidade no âmbito do processo administrativo.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, inciso I, da Lei n.º 4.502/64.

TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADES.

Os juros de mora, com base na taxa Selic, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas."

Cientificada da decisão através de edital afixado na Repartição Fiscal em 30/11/2005 e desafixado em 16/12/2005 (doc.fls.390), sob o argumento de "improfícuos outros meios de notificação", nos termos do art. 23, inciso III do Dec. n.º 70.235/72 c/ alterações pela Lei n.º 9.532/97.

Uel.

Foi lavrado, pela autoridade administrativa, em 18/01/2006, o Termo de Perempção, por decurso de prazo para recurso à instância superior (doc.fls.403).

Seguiram os autos para a Dívida Ativa, fls.416/492 e o correspondente ajuizamento da Execução Fiscal, em 06/07/2006 (fls.493/494).

Em 15/08/2006 requereu a contribuinte a reabertura de prazo para o recurso voluntário, sob a alegação de ter constado, quando da impugnação a indicação do local para fins de intimação, no endereço profissional dos procuradores: à rua Marechal Deodoro, 141-Bairro Barbosa- CEP nº 17-501-110 (fls.134). Fato não observado pela autoridade administrativa, já que a empresa, quando da intimação, não mais existia no endereço cadastrado junto à SRF (fls.498/501). E apenas, quando de pesquisas junto à Justiça Federal é que se tomou conhecimento dos procedimentos quanto ao edital da Receita Federal publicado e o decurso do prazo nele contido.

Novamente, indica o atual endereço profissional dos procuradores para as intimações, à Avenida República, nº 500, Bairro Marília, Marília/SP – CEP-17.509-054 (fls.498)

Em 22/08/2006 é expedido pela autoridade administrativa de Marília/SP (fls.503/504), o indeferimento do pedido da contribuinte, sob os pressupostos do art. 23 do Dec. nº. 70.235/72, quanto à motivação para a intimação por edital, já que fora infrutífero o envio postal da intimação no endereço eleito pelo contribuinte junto à SRF como seu domicílio tributário (AR fls.389).

Em 25/08/2006 (doc.fls.510 verso), o procurador da contribuinte toma ciência, pessoalmente, do novo edital relativo ao despacho de fls.503/504, que indeferiu o pedido.

Em 11/09/2006 foi protocolizado o recurso voluntário de fls.517/553, onde repisou os mesmos argumentos da peça impugnatória, insurgindo-se contra:

- a quebra do sigilo bancário sem a precedente autorização do Judiciário com ofensa ao princípio da inviolabilidade da intimidade e de dados, citando a CF/88, art. 5º, incisos X e XI, a Lei Complementar nº 105/2001, a Lei nº 10.174/01 e o Dec. 3.724/01, e ainda, doutrina e jurisprudência (fls.519/524);

- a impossibilidade de aplicação retroativa da LC nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001, posto que os créditos tributários são do exercício financeiro de 2000 e 2001, violando direitos e garantias fundamentais constitucionais, à intimidade e vida privada, art. 5º, inciso X, e cláusula pétrea, art. 60 § 4º, inciso IV da CF/88 (fls.525/531);

- o desvirtuamento dos fatos geradores dos tributos incidentes sobre a renda e receitas, citando o art. 43 do CTN, quanto ao fato gerador do imposto de renda. Alega a necessidade da efetiva ocorrência do fato gerador. A hipótese de incidência e sua respectiva base de cálculo. E que só há tributação se há a certeza do acréscimo patrimonial. Cita doutrina e jurisprudência (fls.531/537). Insurge-se contra a arbitrariedade fiscal em estimar um lucro correspondente a 9,6% sobre valores incertos nos extratos bancários, sem se preocupar se os mesmos eram acréscimos patrimoniais. Descabida, portanto a tributação tanto do IR quanto da CSLL. Que o ônus da prova, no caso negativa, é do contribuinte, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o que vai em confronto à norma do art. 142 do CTN (fls.537/538);



- da inadmissibilidade do arbitramento com acréscimo de 20% em total desacordo com a tributação em 8% sobre as receitas, conforme art. 518 do Dec. nº 3.000/99. E que o art. 532 do mesmo diploma determina o percentual para fins de arbitramento. Há de se afastar, portanto, o acréscimo de 20% aplicado sobre o percentual de apuração da base de cálculo do IR, 8% (fls.539/541);

- da necessidade de redução da multa de ofício, por aplicação da multa de 150% sobre a totalidade dos créditos tributários, nos termos do art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96. Não houve fraude. As omissões de informações de “conhecimento de transporte” não podem inferir a fraude. Houve apenas inexatidão das informações, aplicar-se-á a multa prevista no inciso I do art. 44 do citado diploma. Há de reduzir a penalidade a 75% (fls.541/544);

- da incompatibilidade com o art. 161 do CTN na aplicação dos juros pela Taxa SELIC, que tem natureza remuneratória.(fls.544/547);

- das inconstitucionalidades que devem ser apreciadas no âmbito administrativo, quando de leis flagrantemente vulneradoras da Lei Maior. Cita fundamentos doutrinários (fls.548/550);

- da multa e seu caráter confiscatório, nos termos do art. 150, inciso IV da CF/88. Insurgindo-se contra a multa aplicada, por ultrapassar o razoável e burla o dispositivo constitucional que proíbe o confisco (fls.551/553);

Requerendo, ao final, o total provimento do recurso e a improcedência do Auto de Infração atacado.

Houve o parecer do D. Procurador da Fazenda Nacional, Seccional em Marília/SP, que se pronunciou pelo encaminhamento do presente processo ao Conselho de Contribuinte, nos termos do art. 35 do Dec. nº 70.235/72, sob o pressuposto da observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, evitando-se maiores prejuízos à União, se decretada judicialmente a nulidade do procedimento administrativo. Propôs o cancelamento das inscrições na Dívida Ativa, e o encaminhamento do processo ao Conselho de Contribuintes (fls.558/559).

Em 11/10/2006 e 17/10/2006, por despachos das autoridades administrativas competentes foram canceladas as inscrições (fls.560 e 560 verso), e encaminhados os autos a este Conselho.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MARGIL MOURÃO GIL NUNES, Relator

Preliminarmente, quanto à perempção nos termos do art. 35 do Dec. 70.235/72 a ser apreciada nesta instância, por decurso do prazo para interposição do presente recurso, considero que, pelo princípio do formalismo moderado presente no Processo Tributário Brasileiro e, por não terem sido esgotados todos os meios disponíveis à Administração Fazendária para a efetiva e eficaz intimação ao contribuinte, adotando-se o edital de uma forma simplista, com afixação na própria Repartição, sem a publicidade necessária do ato, procedimento este, a ser utilizado em situação extrema, nos termos do art. 23, § 1º do Dec. nº 70235/72, há de ser afastada a argüida perempção.

O não conhecimento do presente recurso, violaria o princípio basilar, constitucional, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CR/88).

Há nos autos, apenas, um AR endereçado ao domicílio fiscal da contribuinte (fls.389), com a informação, em devolução, pelos Correios de “mudou-se”. Não foram adotados os outros meios disponíveis para intimar-se a autuada, não sendo observado pela autoridade administrativa o pleito final contido na impugnação.

Entendimento acolhido pela melhor doutrina, cite-se James Marins, *in* Direito Processual Tributário Brasileiro, 4ª Ed., Dialética- pg.275/276 :

“A intimação ou notificação por edital pode ser utilizada quando – motivada e comprovadamente – os meios próprios não possam ser utilizados. Por se tratar de mecanismo excepcional de comunicação da pretensão fiscal ou de notícia processual, o pressuposto de sua utilização é que os meios ordinários restaram infrutíferos....” “A utilização inapropriada da intimação por edital não se presta para a formalização da pretensão fiscal em face do contribuinte, além de induzir a nulidade do procedimento administrativo”

Por todo exposto, comungo do mesmo entendimento do D.Procurador da Fazenda às fls.558/559 e, tomo conhecimento do presente recurso.

Ultrapassada a preliminar, quanto ao mérito, insurge-se a ora recorrente, contra o lançamento, argüindo matéria de direito.

Na busca da verdade material, à vista de documentos indiciários, buscou a autoridade fiscal, as fontes legais para apuração do crédito tributário.

Não houve, conforme alega a ora recorrente, omissão pela autoridade administrativa quanto ao cumprimento dos procedimentos legais para a quebra do sigilo bancário sem a precedente autorização do Judiciário com ofensa ao princípio da inviolabilidade da intimidade e de dados, nos termos da CR/88, art. 5º, incisos X e XI, a Lei Complementar nº 105/2001, a Lei nº 10.174/01 e o Dec. 3.724/01.

Toda ação fiscal pautou-se na estrita legalidade. A alegada necessidade da precedente autorização do Judiciário para a quebra de sigilo bancário e ofensa ao princípio da

inviolabilidade da intimidade e dados, bem como da impossibilidade de aplicação retroativa da LC nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001, tem em diversas decisões judiciais, o seu desprovemento.

No STJ:

“(…) 7. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição do crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. 8. a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considera natureza formal da norma que permite cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição do crédito relativos a outros tributos, conduz à condução da possibilidade de aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/01 e 1º da Lei 10.174/01 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência. 9. Inexiste Direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal (STJ, 1ª T., un., ARMC 7.513, rel. Min.; Luiz Fux, mar/04).

No STF:

“O SIGILO NÃO É ABSOLUTO. PATRIMÔNIO NÃO SE CONFUNDE COM INTIMIDADE. TRANSFERÊNCIA DO SIGILO DOS BANCOS PARA O FISCO.” “(…) Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto.(…) O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia por ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, Plenário, MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, set/99).

NO TRF4:

“QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO .Instaurado o procedimento administrativo, está autorizada a quebra do sigilo bancário, porquanto não é absoluto. Exegese da Lei Complementar nº 105, de 2001.(…) O próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 197, inc. II, preconiza que os bancos são obrigados a prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros à autoridade administrativa. Ademais, tenho que há mera transferência do sigilo, da instituição financeira para o Fisco.” (TRF4, 2ª T., maioria, AI 2001.04.01.056045-6/PR. Rel. Vilson Darós, set/01)

Sob as premissas acima, entendo que não houve qualquer violação constitucional ou de natureza legal, por parte da autoridade fiscal, na apuração do crédito tributário. Os fatos restaram demonstrados e comprovados pela autoridade fiscal. Foram



apurados depósitos bancários de origem não comprovada, demonstrando-se movimentação de quantias expressivas nos anos de 2000 e 2001, incompatíveis com as informações prestadas ao fisco, nos respectivos anos, na condição de inativo, conforme DIPJ 2001 e 2002, doc.fl.s.59/62.

As origens dos recursos movimentados não restaram comprovados pela contribuinte, mediante documentação hábil e idônea, apesar de devidamente intimada a prestar as informações. Presentes, portanto, os pressupostos legais, para a caracterização de omissão de receitas, nos termos do art.42 da Lei nº 9.430/96. Adotou a autoridade fiscal, o procedimento legal, na constituição do crédito tributário.

Quanto às alegações do fato gerador do imposto de renda ser a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica, nos termos do art. 43 do CTN, concluindo pela necessária ocorrência de acréscimo patrimonial, não assiste razão à contribuinte, quando tenta desqualificar a tributação a partir dos depósitos bancários.

Foi aplicada a presunção legal específica do art. 42 da Lei nº 9.430/96, a qual não restou comprovada pela contribuinte, através de documentos idôneos e hábeis da sua ocorrência. Nada foi acostado aos autos que afastassem as presunções legais e a fornecer ao julgador outros elementos para a alegada verdade material dos fatos.

Entendo escorreito o procedimento fiscal, tributando nas bases legais as receitas omitidas pela contribuinte, como restou comprovada em todo procedimento fiscal e com a lavratura dos respectivos autos de infração (fls.04/58).

Não assiste razão, também, à ora recorrente, quando alega a sua opção pelo regime de lucro presumido. Insurgindo-se contra ao arbitramento efetuado, pela autoridade fiscal, nos termos dos artigos 518 e 519 do Dec.3.000/99.

Entendo que, se as informações prestadas à SRF (doc. de fls.59/62) foram como inativa, não há como acolher as alegações da contribuinte de ter optado pelo lucro presumido e, quanto à pergunta de fls.540 " *Qual a razão de se aplicar o acréscimo sobre a alíquota empregada para se constatar qual a base de cálculo do IR e da CSLL?* ", ou seja o acréscimo de 20% sobre o percentual fixado em lei, elevando o percentual de 8% para 9,6%. Há de ater ao texto legal. Os citados diplomas legais acima citados fundamentam a sua aplicabilidade ao caso. Agiu a autoridade fiscal, por sua atividade vinculada, dentro dos limites legais, na apuração do crédito tributário.

Assim, os valores apurados na ação fiscal, restaram demonstrados, tanto os respectivos conhecimentos de transportes emitidos e apresentados, através das intimações, pelos tomadores de serviços (Termo de Constatação Fiscal às fls. 1/2 do Anexo I do Processo), quanto os depósitos bancários junto ao Bradesco S/A. Valores estes que não foram atacados e contestados, especificamente, em momento algum pela contribuinte, quer quando da impugnação quer no presente recurso. Preclusa, portanto, a matéria de fato, nos termos do art.17 do Dec.nº 70.235/72.

Já quanto à aplicação da multa de 150%, esta deverá ser revista, por já sumulada a presente matéria – Súmula nº 14 do 1ºCC, em vigor a partir de 28/07/2006 -:



"A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

É necessária a comprovação do dolo específico, o evidente intuito de fraude pelo sujeito passivo, o que não restou provado, pela autoridade fiscal, nos autos. Houve sim, a apuração do crédito tributário, a partir de procedimentos fiscais, que apuraram omissão de receitas, mas não o dolo específico. A simples entrega da DIRPJ em desacordo com os valores apurados pelo fisco, não induzem à qualificação da multa, por dolo. Este há de ser provado.

Portanto, entendo que deve ser reduzida a aplicação da multa de 150% para 75%, nos termos do art. 44, inciso I da lei nº 9.430/96, com suas alterações:

Lei nº 9.430/96:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata";

(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

Quanto à aplicação da taxa SELIC está prevista no art. 13 da Lei nº. 9.065/95, matéria também já pacificada neste Conselho, conforme a Súmula nº 4, vigente desde 28/07/2007. Cite-se:

"Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

Argui ainda a recorrente, que as inconstitucionalidades devem ser apreciadas em sede administrativa, tendo em vista as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em processo judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LV da CR/88). Inócua, esta apreciação em sede administrativa, posto que é matéria de competência exclusiva do Judiciário. Tendo já sido proferida por este Conselho a Súmula nº 2, vigente a partir de 28/07/2006, que consolidou o entendimento:

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

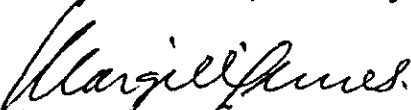
Não há como acolher, também, os argumentos da multa e seu caráter confiscatório, vedado pela CR, art. 150, inciso IV, e seu entendimento de que é *"uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco"* (fls.551). Por a multa ter sua previsão em lei específica e, em vigor os dispositivos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com suas alterações posteriores. Não há como afastar-se a sua aplicabilidade pela autoridade fiscal. Ratifico a citada Súmula nº 2, deste Conselho.



Por todo exposto, conheço do recurso, dou provimento parcial , para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%, nos termos da legislação em vigor, por seus fundamentos de fato e direito.

É o voto

Sala das Sessões-DF, em 22 de janeiro de 2008.


MARGIL MOURÃO GIL NUNES