

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N° : 14052/005.295/92-29
RECURSO N° : 88.535
MATÉRIA : FINSOCIAL FAT. - EXS: DE 1989 a 1992
RECORRENTE : BRASIL'S GARDEN PAISAGISMO E URBANIZAÇÃO LTDA
RECORRIDA : DRF EM BRASÍLIA-DF
SESSÃO DE : 14 DE NOVEMBRO DE 1996
ACÓRDÃO N° : 101-90.472

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. A competência do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional não se restringe à jurisdição do órgão em que está lotado.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO - Só se pode cogitar de nulidade de decisão proferida por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

EXIGÊNCIA DECORRENTE. Repousando a exigência no mesmo suporte fático da formalizada no auto de infração relativo ao IRPJ, a solução do processo decorrente há que ajustar-se ao decidido no principal.

FINSOCIAL- Devem ser cancelados os lançamentos relativamente à contribuição para o Fundo de Investimento Social, no que exceder à aplicação da alíquota de 0,5%.

TRD - Os juros de mora só podem ser cobrados segundo os índices da TRD a partir do mês de agosto de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BRASIL'S GARDEN PAISAGISMO E URBANIZAÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e excluir a tributação o que exceder a alíquota de 0,5% bem como excluir a incidência da TRD de fevereiro a julho de 1991, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

16


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472



SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 06 DEZ 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL e CELSO ALVES FEITOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472
RECURSO Nº : 88.535
RECORRENTE : BRASIL'S GARDEN PAISAGISMO E URBANIZAÇÃO LTDA

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fl 01/ 05, para exigência de crédito tributário relativo à contribuição para o Fundo de Investimento Social-FINSOCIAL, acrescida de juros de mora e da multa conforme art. 1º, inc. III, do Decreto-lei nº 2.052/83, art. 3º do Decreto-lei 2.287/87, art. 86, § 1º da Lei nº 7.450/85, art. 4º da Lei 8.218/91 e art. 58, parágrafo único da Lei 8.383/91.

A exigência decorre da formalizada em auto de infração relativo ao IRPJ e constante do processo 10452.003167/92-78, no qual verificou-se omissão de receitas, apurada a partir de depósitos bancários não contabilizados.

Em impugnação tempestiva, a empresa alegou, em síntese, que :

a)- O auto de infração é nulo, por ter sido lavrado por auditores fiscais incompetentes, por não fazerem parte dos quadros da Receita Federal em Brasília, Distrito Federal.

b)- A declaração de que os depósitos em suas contas correntes referiam-se a serviços prestados a diversos clientes foi prestada sob forte pressão e constrangimento psicológico, quando o contribuinte se encontrava em processo de devassa por parte da Receita Federal, da Polícia Federal e da Comissão Parlamentar de Inquérito, que apurava o "Caso PC". Em razão da flagrante conotação política do processo como um todo e da total desorganização documental da empresa, preferiu essa prestar a referida declaração que, embora não falsa ou inverídica, foi prestada em caráter genérico e desfavorável a si própria. Por ter sido prestada em ambiente de coação, cabe-lhe o direito de retratá-la.

c)- Os depósitos não se originam todos de serviços prestados e, embora os auditores tenham excluído os que identificaram como de outras origens, diversas transferências não foram consideradas, como demonstra em anexo à petição de impugnação, por amostragem (fls. 338/340). Os valores significativos, não oriundos de transferências bancárias entre contas correntes do triângulo empresa - sócio/esposo - sócia/esposa - e nem de empréstimos/ adiantamentos, seriam, forçosamente, oriundos de trabalho profissional dessas pessoas.

d)- O auto de infração é arbitrário, contrariando a jurisprudência do STF e o Decreto-lei 2.471/88, devendo ser anulado.

15

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

e)- A determinação do lucro à razão de 50% dos valores omitidos é ilegal, pois, na falta da contabilidade, pressupõe -se que o arbitramento deve aproximar-se do lucro efetivo do contribuinte, e não penalizá-lo. Ao fixar o lucro arbitrado em 50% da receita omitida, sem levar em conta a atividade do contribuinte, o legislador ordinário utilizou o arbitramento como penalização, contrariando o artigo 3º do CTN.

Pelos mesmos motivos, é ilegal a alteração dos percentuais estabelecida por Portaria do Ministro, na reincidência do arbitramento.

d)- A tributação reflexiva por presunção sobre o lucro arbitrado, de que trata o artigo 9º do Decreto-lei nº 1.648/78, foi revogada pela Lei nº 7.713/88 e, caso perdurasse, sua alíquota seria de 8%.

e)- A se admitir o reflexo decorrente da pessoa jurídica nas pessoas físicas, por questão de justiça os valores do reflexo devem ser considerados como origem dos depósitos bancários, e ainda, do valor considerado como reflexo deve ser abatida a parcela de contribuição social sobre o lucro.

f)- A utilização do art. 6º, § 5º da Lei 8.021/90 é ilegal porque só vigorou a partir de 01/01/91, não podendo ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência. Antes dela não havia nenhum dispositivo autorizativo do arbitramento, e tributou-se exclusivamente com base em movimentação bancária. Além disso, citou-se o § 5º, mas omitiu-se o § 6º que determina, para qualquer caso, a forma de arbitramento mais benéfica para o contribuinte.

g)- A utilização da TRD como indexador foi considerada inconstitucional, e seu mascaramento como juros de mora á atitude desrespeitosa ao ordenamento jurídico. Ainda que aceitável, jamais poderia ser antes da vigência da Lei nº 8.218/91.

h)- A conversão dos valores para UFIR é ilegal, porque o Diário Oficial em que foi publicada a Lei nº 8.383/91 só circulou em 1992, só vigorando a partir de 01/01/93, e porque não pode afetar fatos geradores anteriores à sua edição, conforme art. 144 do CTN.

i)- A obtenção dos extratos bancários diretamente junto à rede bancária, sem autorização do contribuinte, é ilegal, ferindo seus direitos e garantias constitucionais, e é princípio basilar do Direito que são inválidas as provas obtidas de forma contrária à lei.

A autoridade singular, considerando tratar-se de procedimento reflexivo, que deve seguir o mesmo caminho do matriz, face a íntima relação de causa e efeito entre ambos, e uma vez que as parcelas excluídas no processo do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

IRPJ não alcançam o exercício de 1988, manteve integralmente a exigência.

Tempestivamente, a empresa recorre a este Colegiado mediante cópia do recurso apresentado no processo do IRPJ, no qual reedita a preliminar de nulidade do auto de infração e levanta preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, por vício insanável, por descumprimento do art. 31 do Decreto nº 70.235/72, por dela não ter constado a imprescindível ordem de intimação, que foi feita em documento à parte, por funcionário incompetente, sem a prévia autorização (ordem).

No mérito, diz que a retratação da declaração quanto à origem dos depósitos não foi considerada pela autoridade julgadora e que, ainda que não retratada, a declaração só aproveitaria os lançamentos contra as pessoas físicas. Que quanto à pessoa jurídica não há nenhuma declaração da recorrente que afirme que os valores depositados em suas contas bancárias tenham decorrido de serviços por ela prestados. Diz, ainda, que a decisão singular apresenta a postura simplista, típica de quem reconhece não ter razão, ao alegar o simples e literal cumprimento da lei, não enfrentado nenhum dos argumentos apresentados na impugnação quanto à descabida aplicação do percentual de 50% para arbitramento e quanto ao repudiado reflexo nas pessoas físicas, do arbitramento na jurídica. Sobre esse último fato, diz que a decisão invocou o art. 111 do CTN, inaplicável à espécie. E ainda, que a inclusão de dispositivo que trata da reflexa tributação dos sócios-pessoas físicas- no caso de arbitramento, na parte do Regulamento do Imposto de Renda que trata de pessoas jurídicas (art. 400) é incorreta por se tratar de norma típica da legislação de pessoa física (art. 41), e esta foi totalmente revogada, pois a lei 7.713/88 regulou inteiramente a matéria, aplicando-se o que dispõe o art. 2º§ 1º do Código Civil.

Quanto ao pleito de abater da base de cálculo do lucro distribuído a parcela relativa à Contribuição Social sobre o Lucro, reforça que a decisão seguiu a estrita legalidade, desprezando a lógica, a justiça e o direito, pois se o beneficiário da contribuição é o Governo, como atribuí-la a título de lucro à pessoa física? A falta de previsão só pode ser explicada por esquecimento, falha superada com a edição da Lei nº 8.383/91.

Nos demais aspectos de mérito, inclusive quanto à UFIR e à TRD, reedita os argumentos da impugnação.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

VOTO

CONSELHEIRA, SANDRA MARIA FARONI - RELATORA

Rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração por incompetência dos autuantes *ratione loci*. Os Auditores Fiscais autuantes integravam, na ocasião, Grupo Especial de Fiscalização, constituído pela Portaria DPRF nº 638, de 22/05/92, com jurisdição em todo o Território Nacional. Ressalte-se, entretanto, que ainda que não existisse a referida portaria, indubitosa a competência dos agentes da fiscalização.

A competência do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional não se restringe à jurisdição da repartição em que está lotado, mas, ao contrário, estende-se por todo o Território Nacional. Esta a jurisprudência dominante tanto nos Conselhos de Contribuintes como na Câmara Superior de Recursos Fiscais (Ac. CSRF/01-0979, Ac. 111-00525, Ac. 101-71.409, Ac. 101-86.092, Ac. 303-25.583, Ac. 303-26.812, etc.).

Sobre o assunto, nada merece ser acrescentado às razões explicitadas no voto condutor do Ac. 101-71.409, do então Conselheiro Amador Outeiro Fernandez, a seguir transcritas :

“ Embora as normas vigentes atribuam competência privativa ao Fiscal de Tributos Federais para a apuração de infrações fiscais fora do recinto das repartições, em caráter geral, e, no domicílio dos contribuintes, de modo particular, nestes mesmos diplomas não há qualquer limitação em função do espaço geográfico onde, por razões administrativas, principalmente de garantia do próprio fiscal, possa temporariamente estar localizado.

Muito até pelo contrário, pois ao invés de limitar a competência do fiscal à sua localização geográfica, as leis que dispõem sobre o poder da fiscalização suprimiram, inclusive, para melhor aproveitamento do contingente fiscal, a antiga lotação, tendo o art. 6º do Decreto-lei nº 788, de 26.02.69, estabelecido, in verbis:

“Art. 6º- Os Agentes Fiscais e Rendas Internas, do Imposto de Renda e de Rendas Aduaneiras, poderão ser designados para ter exercício nos diversos órgãos da Secretaria da Receita Federal, independentemente da classe correspondente ao seu nível de vencimento”.

Observa-se ainda, como corolário do estabelecido no dispositivo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

supratranscrito, que também o art. 9º do Decreto-lei nº 1.024, de 24.10.69, enquadra penalmente o funcionário fiscal que não autuar o contribuinte faltoso, sem qualquer reserva a eventual espaço físico de localização, ao estabelecer, ipsis literis:

“Art. 9º- A não autuação do contribuinte incurso em infração de lei fiscal e a não apreensão de mercadorias importadas sem obediência às normas legais, configurarão a prática de ilícito de lesão aos cofres públicos, pelo agente fiscal de tributos federais responsável”

Ainda com fundamento no que estabelecem os dispositivos dos Decretos-leis nºs 788/69 e 1.024/69, já transcritos, e o art. 3º do Decreto-lei 427/69, o art. 432 do vigente Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto nº 76.186/75, dispõe que:

“Art. 432 - Sempre que apurarem infrações das disposições deste Regulamento, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens, os agentes fiscais de tributos federais lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal”.

Por sua vez o Decreto nº 70.235/72, apenas determina no art. 10, que

“o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente :

.....
.....
IV- a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

É óbvio, no entanto - como muito bem assinalou o colega HARRY CONRADO SHÜLER, em brilhante voto que mereceu a acolhida unânime do colegiado (Acórdão nº 101-00.525, de 18.3.76) - que para atender à necessidade da organização administrativa, no que se refere especialmente à melhor alocação da força de trabalho, e ao controle sobre seus servidores, que a Administração distribua seus fiscais entre as repartições centrais, regionais e locais, tendo como parâmetro a conveniência, visto que os deslocamentos constantes acarretariam a elevação excessiva dos custos. Todavia, uma simples comunicação, no caso de prosseguimento da ação fiscal, ou uma autorização do órgão regional ou local, no caso de início de ação fiscal, colocam o agente fiscal a salvo de qualquer sanção disciplinar, pois são estes os expedientes previstos na legislação disciplinar da Corporação para a atuação do servidor fiscal fora da sede da repartição em que está localizado; sem esquecermos as determinações de ofício no mesmo sentido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

Sem dúvida alguma, a atividade fiscal, na defesa dos interesses do Erário, assemelha-se e rege-se por princípios semelhantes àqueles que regem a atividade do Ministério Público, notadamente no que se refere ao Princípio da unidade e indivisibilidade, dado que os fiscais podem ser substituídos, uns pelos outros, a critério dos órgãos regionais e central.

Qualquer ação fiscal pode (e isso acontece com alguma regularidade) ser iniciada por uma equipe de agentes fiscais, os trabalhos de conclusão serem encerrados por outra equipe totalmente distinta, e, ainda, as contra-razões oferecidas à impugnação, no mesmo feito, serem realizadas por fiscal que : nem iniciou os trabalhos de fiscalização, nem tampouco concluiu o exame impugnado, o que demonstra a veracidade do afirmado.

Também, se observa que, em razão do enquadramento penal estabelecido pelo art. 9º do Decreto-lei número 1.024/69 retrotranscrito, a apuração de infrações não previstas no Programa de Fiscalização estabelecido pelo órgão central ou regional não é causa de nulidade nem podem as infrações serem tornadas insubsistentes, quer pelos chefes dos órgãos locais, regionais ou central, quer pelas autoridades julgadoras, exceto evidentemente por estas últimas, quando no exercício de sua atividade jurisdicional administrativa, as considerarem em desacordo com a legislação material que as tenha estabelecido. Isto demonstra, à semelhança do Ministério Público, também certo grau de independência.

É oportuno ainda salientar que as características de dinamismo, especialização e sigilosidade das investigações fiscais exigem, da Administração Fiscal, freqüentes providências urgentes para a apuração de infrações fiscais, o que não seria compatível com a publicação de atos de remoção ou qualquer expediente formal não confidencial, nem com o imperativo de somente serem utilizados servidores fiscais localizados em determinada região.

A hipótese, praticamente inviável, de o agente fiscalizador se deslocar, de motu proprio e às suas expensas para exercer atividade em regiões fora de sua localização, sem ciência das autoridades superiores, poderia acarretar-lhe sanções de natureza administrativa, mas, as infrações, porventura apuradas, somente poderiam ser tornadas insubsistentes se em desacordo com a legislação substancial que as previu, pois a autoridade ainda aqui não poderia ser considerada incompetente.

Em face do exposto, entendemos ser totalmente inviável a invocação de incompetência ratione loci da Fiscalização, visto que a lei não estabeleceu qualquer limitação territorial, os princípios emanados de suas normas conduzem à presunção inegável da eficácia da atividade desenvolvida e o interesse da coletividade

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

associado a esses dois pressupostos impõem, de maneira inarredável, que se conclua pela inexistência de qualquer nulidade nesses casos.”

Incabível, também a arguição de nulidade da decisão, por não conter ordem de intimação. Primeiro, porque esta arguição sequer caberia neste processo, eis que da decisão consta, expressamente, a ordem de intimação. Depois, porque conforme previsto no Decreto nº 70.235/72, art. 59, inc. II, a decisão só seria nula se proferida por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não ocorreu. Qualquer outra irregularidade, incorreção ou omissão não importa em nulidade, segundo disposição expressa do art. 59 do mesmo Decreto.

Quanto às provas, que a recorrente entende terem sido obtidas de forma ilegal, ferindo seus direitos e garantias constitucionais, estão elas nos autos, e não posso desconhecê-las. Mesmo porque, só ao Poder Judiciário cabe julgar se houve ou não ilegalidade na obtenção das provas. Apenas com um provimento judicial determinando o desconhecimento das provas porque ilegais poderia, este Colegiado, ignorá-las.

Passo ao mérito.

Trata-se de exigência decorrente, que repousa sobre os mesmos suportes fáticos da consubstanciada no processo relativo ao IRPJ. A partir da omissão de receitas apurada naquele, a Fiscalização levantou que a empresa deixou de declarar e, conseqüentemente, recolher, o FINSOCIAL relativo aos meses de junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 1990 e março, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 1991. A exigência está calculada com base nas alíquotas de 1,2%, e 2,0% introduzidas pelas Leis 7.894/89 e 8.147/90.

Apreciando o apelo interposto no processo matriz, este Conselho, conforme Acórdão 101-90381, de 11 de novembro de 1996, entendeu configurada a omissão de receitas nele apurada, com os ajustes procedidos pelo julgador singular, dando provimento parcial ao recurso apenas para determinar a inaplicabilidade da TRD como juros de mora no período que antecede o mês de agosto de 1991.

Há entretanto, que se considerar a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao FINSOCIAL. Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 150764-1/Pernambuco, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 7.689/88, do art. 7º da Lei 7.787/89, do art. 1º da Lei 7.894/89 e do art. 1º da Lei 8.147/90, que majoraram a alíquota da contribuição, ficando esclarecido que o Decreto-lei 1.940/82, com as alterações ocorridas anteriormente à Constituição Federal de 1988, continuou a vigorar até a edição da Lei Complementar 70/91.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 14052/005.295/92-29
ACÓRDÃO Nº : 101-90.472

O Plenário do STF refutou a eiva de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 7.738/89, vez que esse dispositivo visou tão-somente abolir a situação anti-isonômica de privilégio em que a Lei 7.689/88 colocara as empresas prestadoras de serviços quando, de um lado, universalizou a incidência da contribuição sobre o lucro, que antes só a elas onerava, mas de outro, não as incluiu no raio de incidência da contribuição para o faturamento, exigível de todas as demais categorias empresariais, ressalvado, entretanto, o direito de a Fazenda Nacional cobrar dessas empresas o Finsocial à razão de 0,5%, até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 70/91.

A Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, por seu artigo 17, inciso III, determinou o cancelamento dos lançamentos relativos à contribuição ao Fundo de Investimento Social- FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 9º da Lei 7.689/88, na alíquota superior a 0,5% , conforme Leis 7.787/89, 7894/89 e 8.147/90

Pelo acima exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, para cancelar a exigência no valor que exceder ao obtido mediante a aplicação da alíquota de 0,5%, bem como determinar que a incidência dos juros de mora segundo a TRD só se faça a partir do mês de agosto de 1991.

Brasília-DF, 14 de Novembro de 1996



SANDRA MARIA FARONI