



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

Processo n° 19515.000754/2007-72
Recurso n° 164.865 Voluntário
Matéria IRPJ e outros - Ex:(s) 2003 a 2005
Acórdão n° 1101-00.061
Sessão de 13 de maio de 2009
Recorrente CPC CURSO PREPARATÓRIO PARA CONCURSOS LTDA.
Recorrida 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO-SP

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA

Ano-calendário: 2002, 2003 e 2004

Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – NULIDADE DO LANÇAMENTO - Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Termo de Verificação Fiscal, onde a fiscalização, de forma pormenorizada e motivada descreve a infração, bem como aponta o enquadramento legal e, o contribuinte, demonstra ter perfeita compreensão delas e exerce o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO – PIS/COFINS - Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para o fisco constituir o crédito tributário, via lançamento de ofício, começa a fluir a partir da data do fato gerador da obrigação tributária, *ex vi* do disposto no § 4º, art. 150, do CTN.

IRPJ – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL - 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 documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE DE NORMAS INSERIDAS LEGALMENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - MULTA DE OFÍCIO – CONFISCO – “Súmula 1º.CC n. 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele comprovar a origem dos recursos movimentados em sua conta corrente.

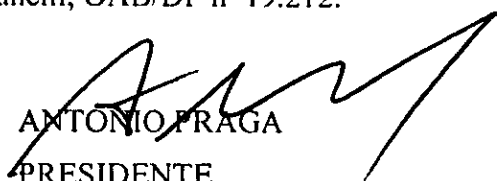
TRIBUTAÇÃO REFLEXA – PIS – COFINS – CSLL -
Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

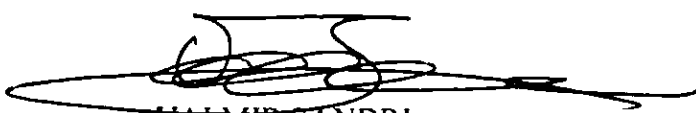
JUROS SELIC - “Súmula 1º.CC n. 4: A partir de 1º. De abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos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

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência relativa ao PIS e COFINS referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2002, REJEITAR as demais preliminares suscitadas, para no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Fez sustentação oral o Dr. Gabriel Lacerda Troianelli, OAB/DF nº 19.212.


ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE


VALMIR SANDRI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 JUN 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Antonio José Praga de Souza, Sandra Maria Faroni, Aloysio José Percínio da Silva, José Sérgio Gomes (Suplente), João Carlos de Lima Junior, Valmir Sandri, José Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.



Relatório

CPC CURSO PREPARATÓRIO PARA CONCURSOS LTDA., já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, que por unanimidade de votos, JULGOU parcialmente procedentes os lançamentos efetuados.

De acordo com a autoridade administrativa, o presente processo teve origem em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, no qual a fiscalização constatou a omissão de receitas da atividade pela ausência de emissão de documento fiscal, bem como por não ter a contribuinte, apesar de intimada diversas vezes, comprovado a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias através de documentos hábeis e idôneos, referente aos anos-calendário 2002, 2003 e 2004, conforme relatado no Relatório de Fiscalização às fls. 265/269.

Dessa forma, foram lavrados os autos de infração a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ, fls. 325/330), no valor de R\$ 5.881.539,59, Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS, fls. 338/343), no valor de R\$ 480.935,41, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS, fls. 351/356), no valor de R\$ 2.219.704,53 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL, fls. 365/371), no valor de R\$ 1.371.705,28, formalizando crédito tributário no montante de R\$ 9.953.884,81, já incluídos os juros de mora calculados até 28.02.2007 e a multa de ofício.

Cientificada dos lançamentos em 30.03.2007, a Contribuinte apresentou em 26.04.2007, impugnações em separado para cada lançamentos, fls. 376/428-IRPJ, fls. 1.240/1.287-PIS, fls. 1.288/1.335-COFINS, fls. 1.338/1.384-CSLL, alegando em síntese que:

- (i) Preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração, por entender que a descrição dos fatos deveria constar no próprio auto de infração e não no Termo de Verificação, documento diverso, conforme dispõe o art. 10, III do Decreto nº 70.235/72.
- (ii) Ainda em sede preliminar, afirma que teve seu direito à defesa cerceada, garantida constitucionalmente no art. 5º, LV, uma vez que a fiscalização deu prazo exíguo para a apresentação dos documentos requeridos.
- (iii) Prossegue afirmando que não houve a intimação da pessoa física responsável pela sua administração. Nesse sentido, esclarece que a sociedade era administrada até junho de 2005, exclusivamente, pelo sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo e não pelos atuais. Dessa forma, acredita que o ex-sócio deveria ter sido intimado tendo em vista que era o conhecedor do andamento dos negócios da empresa.
- (iv) Sendo assim, não só pela ausência de intimação do sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo, como também pela exigüidade do tempo concedido para a apresentação dos documentos, a contribuinte afirma que teve cerceado o seu direito a defesa.



- (v) Aduz que sendo o ex-sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo, o único administrador da impugnante, apenas a DIRPF deste seria relevante para fins de fiscalização.
- (vi) Ressalta, ainda, que nenhum mandado de procedimento de fiscalização complementar acompanhou o termo de ciência emitido em 12/05/2006, e nem mesmo no sítio da SRF consta qualquer menção à alteração da supervisão indicada no termo de ciência de 12/05/2006 (substituição do Supervisor Josué Batista de Andrade por Victor Hugo de Mello Castanho), razão pela qual, também por este motivo, deve o auto de infração ser julgado nulo por ofender os princípios da publicidade dos atos administrativos e cerceamento de defesa (art.5º, LV da CF/88).
- (vii) Afirma que a cada prorrogação do MPF deve ser substituído o supervisor da fiscalização, procedimento obedecido uma única vez no caso em tela.
- (viii) Ademais, destaca que o prazo máximo de 60 dias de duração do procedimento fiscal não foi obedecido pelo Fisco (Termo de Início de Fiscalização em 03/03/2006 – ciência e o segundo MPF emitido em 12/05/2006), dessa forma, o procedimento de fiscalização tramitou em absoluta nulidade. O mesmo raciocínio aplica-se ao lapso temporal entre o Termo de Ciência e Continuação de Procedimento Fiscal, datado de 12/07/2006, e o Termo de Intimação fiscal ocorrido em 26/10/2006. Aplicável a argumentação já exposta aos MPF expedidos em 20/01/2006 e 14/02/2006, sendo que no caso deste último nem sequer recebeu outros MPF de prorrogação tendo em vista que o prazo máximo de validade de cada um é de 120 dias.
- (ix) Salaria que a falta de intimação dos mandados de procedimento fiscal gera sua nulidade, razão pela qual a não-intimação de um invalida os demais.
- (x) Observa que a partir de 23/10/2006 o termo de intimação indica endereço incorreto, razão pela qual deverá ser declarado nulo o Auto de Infração.
- (xi) Da mesma forma, afirma que o Termo de Verificação Fiscal também padece de nulidade, uma vez que errou na grafia do nome da contribuinte, além de não constar à hora da ciência do auto de infração, mas apenas a data.
- (xii) Reafirma que não havendo a intimação do ex-sócio, a contribuinte sequer pode afirmar saber se, de fato, todos os valores lançados devem ser considerados receita, para fins de incidência do IR. Se dispusesse de maior tempo poderia ter comprovado a origem dos recursos. Mesmo assim, justificou mais da metade de todos os lançamentos que lhe foram imputados.



- (xiii) No mérito, afirma que é indevida a Presunção de Omissão de Receitas – Somente será possível determinar a real receita da impugnante se houver a intimação do ex-sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo, com o objetivo de juntar aos autos sua DIRPF, pois se somando referida declaração com os documentos já apresentados, será possível determinar quais valores formam as receitas da contribuinte e quais as decorrentes de interposição da contribuinte entre terceiros e o referido ex-sócio.
- (xiv) Alega que a fiscalização não poderia presumir a omissão de receitas, com base em depósitos bancários – não pode incidir IR sobre movimentação financeira (art.153, III, CF/88 e art.43, I e II do CTN). Deve a fiscalização buscar todos os indícios para realizar o lançamento dentro de dados verossímeis. Sendo assim, afirma que é ilegítimo o lançamento do IR arbitrado com base em apenas extratos ou depósitos bancários.
- (xv) Esclarece que tributou como renda os valores estornados (docs.20 a 22), razão pela qual a manutenção dessa glosa representa “bis in idem”, conforme comprovados nos docs.23 a 26.
- (xvi) Destaca que houve a tributação de valores transferidos de uma conta a outra, ambas de mesma titularidade da impugnante. O depósito a crédito na conta nº 8.02114-0 do Banco Real, supostamente do dia R\$ 16.425,55, não ocorreu;
- (xvii) Ressalta que teve sua defesa cerceada também pelo fato da fiscalização ter devolvido apenas em 03/04/2007, quando já havia iniciado o seu prazo para apresentar impugnação, os seus livros e documentos fiscais, além de não ter tido acesso aos autos do processo administrativo.
- (xviii) Entende que é nula a autuação de CSLL por ser nulo o auto de IRPJ pelos argumentos já expostos quanto ao IRPJ. A CSLL não pode ter base de cálculo aferida com fundamento em extratos e depósitos bancários, incidindo a sua base de cálculo sobre o lucro, o que não se confunde com a renda.
- (xix) Em relação aos lançamentos do PIS e COFINS, por serem tributos apurados mensalmente, afirma a contribuinte que parte do crédito (janeiro e fevereiro de 2002) foi atingido pela decadência, nos termos do art. 150 do CTN.
- (xx) Salieta que o lançamento com base em extratos bancários não é suficiente para a apuração da receita bruta ou faturamento (base de cálculo viciada da mesma forma que o IRPJ e a CSLL) e requer a exclusão da base de cálculo dos montantes estornados e dos valores entre contas correntes de titularidade da contribuinte.



- (xxi) Destaca que a Lei nº 9.718/98 é inconstitucional e não foi recepcionada pela CF/88, a tributação com base na receita bruta não foi regulamentada por lei federal.
- (xxii) Quanto ao auto de infração lavrado a título de PIS, ressalta que a base de cálculo não poderia ser alterada por lei ordinária.
- (xxiii) Pugna pela apresentação posterior de documentos, além de insurgir-se face à aplicação da Taxa Selic e da multa de ofício.
- (xxiv) Ao final, requer a realização de perícia contábil, informando o perito e formulando os quesitos, bem como sejam julgado integralmente improcedentes os autos de infração lavrados.

À vista da Impugnação, a 7ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - SP, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente os lançamentos efetuados, pelas razões a seguir sintetizadas:

Inicialmente, destacaram que o presente processo, decorreu segundo a autoridade fiscal da constatação de que a contribuinte omitiu receitas da atividade sem emissão de documento fiscal, além de não comprovar mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos creditados em contas de depósitos mantidas junto a instituições financeiras.

Após transcrever o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, verificaram que no presente caso não se constatou qualquer dos vícios nele elencados, razão pela qual rejeitaram a alegação de nulidade dos autos de infração suscitados pela contribuinte.

Nesse sentido, esclareceram que o Termo de Verificação Fiscal constitui-se de um relatório de constatação das irregularidades cometidas pela contribuinte em virtude da ação fiscal e que servirá de base para a lavratura do Auto de Infração. O referido documento integra o Auto de Infração para todos os efeitos legais como bem explicitado na fl.462.

Da mesma forma, destacaram que não há que se falar em cerceamento de defesa face ao suposto prazo exíguo dado pela fiscalização para a apresentação de documentos. Isto porque, verificaram que da primeira intimação até o prazo final da terceira intimação houve o lapso temporal superior a quatro meses para a contribuinte apresentar a documentação requerida, ou seja, o prazo dado pela Fiscalização foi mais que suficiente para satisfazer as exigências.

Em relação à argumentação de que o ex-sócio da empresa deveria ser intimado, ressaltaram os julgadores que tal pleito não encontra respaldo na legislação vigente, que apenas determina no art.23 do Decreto nº 70.235/72 que a mesma deve ser comprovada pela assinatura do sujeito passivo.

Ademais, consignaram que o §1º do inciso I do art.7º do referido Decreto é claro ao estabelecer que a intimação do sujeito passivo ou seu preposto estende os efeitos do procedimento fiscal aos demais envolvidos, razão pela qual entenderam que é descabida a



alegação da contribuinte quanto à obrigatoriedade de se intimar o ex-sócio citado na peça impugnatória.

Esclareceram, ainda, que o lançamento, objeto deste processo administrativo fiscal, foi formalizado mediante auto de infração e lavrado por ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, autoridade administrativa a quem compete privativamente a constituição do crédito tributário, fato que afasta a hipótese de nulidade prevista no inciso I, do art. 59, do Decreto nº 70.235/72.

Sendo assim, concluíram que o Auto de Infração contém, os requisitos formais exigidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Somente a ausência total dessas formalidades é que poderia invalidar o lançamento, sobretudo se desprovido da capitulação legal e da descrição dos fatos, uma vez que inviabilizaria o exercício da ampla defesa, o que no presente caso não se verificou, uma vez que a contribuinte demonstrou conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas.

Ressaltaram, ainda, que somente pode se cogitar na ocorrência do cerceamento de defesa e do contraditório, após a instauração da fase litigiosa do procedimento administrativo, que ocorre quando da apresentação da impugnação.

Destacaram que também não merece prosperar a alegação da contribuinte de que teve seu direito a defesa cerceada face à demora da fiscalização em devolver seus livros e documentos fiscais, pelos seguintes motivos: 1) não é hipótese de nulidade prevista no art. 59 do Decreto nº 70.235/72; 2) o prazo para a apresentação da impugnação iniciou-se em 02/04/2007 e término em 02/05/2007, ou seja, se houve prejuízo foi de apenas 1 dia; 3) a contribuinte não utilizou o tempo total concedido para a apresentação da impugnação tendo em vista que apresentou a peça em 26/04/2007, ou seja, antes do esgotamento do prazo.

Da mesma forma, não há que se falar em cerceamento de defesa diante do deslocamento do processo, o que teria dificultado o acesso da contribuinte aos mesmos, tendo em vista que quando da ciência do auto de infração, teve acesso a todo o conteúdo do processo.

Prosseguiram afirmando que o início do procedimento de fiscalização dá-se pela emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF emitido pela autoridade fiscal responsável nos termos do art. 2º da Portaria SRF nº 6.087/2005.

Nesse sentido, entenderam que não merece prosperar a alegação da contribuinte de nulidade MPF-C que acompanhasse o termo de ciência emitido em 12/05/2006, e nem mesmo no sítio da SRF constar qualquer menção à alteração da supervisão indicada no termo de ciência de 12/05/2006 (substituição do Supervisor Josué Batista de Andrade por Victor Hugo de Mello Castanho), pelos seguintes motivos: 1) A ciência da contribuinte, em 15/05/2006, decorre da emissão do MPF-C (fl.02); 2) A referida substituição está expressamente mencionada no MPF-C; 3) não constar a referida substituição na internet não invalida o MPF, por falta de previsão legal, além disso, a impugnante não acosta aos autos qualquer prova da mencionada omissão.

Após transcrever o art. 12 da Portaria SRF nº 6.087/2005, que dispõe sobre a duração do MPF, bem como o art. 13 do mesmo ato normativo, que dispõe sobre a prorrogação do MPF, consignaram que o MPF pode ser prorrogado tantas vezes quanto necessário até o

 7

término do procedimento de fiscalização, não tendo razão a contribuinte quando alega sua nulidade em virtude de decurso de prazo tendo em vista que não há nulidade mesmo na hipótese de ultrapassado o prazo previsto no art.12 da Portaria SRF nº 6.087/2005.

Transcreveram, ainda, o art.15 do já mencionado ato legal, que determina as situações em que o MPF se extingue além do art. 16 da Portaria SRF nº 6.087/2005, para então concluir que o decurso do prazo de validade do MPF não o invalida, bastando apenas a emissão de novo MPF e ser indicado novo responsável pela sua execução.

Esclareceram que a substituição de supervisor quando da emissão de novo MPF aplica-se somente na hipótese de sua extinção o que não ocorreu no presente caso. Os prazos regulamentares foram respeitados, conforme de depreende da análise dos documentos de fls. 01, 02, 121 e 123.

Verificaram, portanto, que a emissão do novo MPF ou a sua prorrogação por si só convalidam o procedimento fiscal, conforme previsto no art.19 da Portaria SRF nº 6.087/2005.

A esse respeito, concluíram que tendo a contribuinte tomado ciência dos MPF, conforme demonstram os documentos de fls.01, 120, 122 e 124, não há que se falar em nulidade do MPF por essa razão.

Consignaram que também não assiste razão a contribuinte ao afirmar que os termos fiscais de intimação e re-intimação, a partir de 23/10/2006, foram endereçados incorretamente, razão pela qual deveria ser declarado nulo o presente Auto de Infração. Isto porque, as intimações foram efetuadas mencionando-se o endereço correto (fls.127 e 128). No documento de fl.128, o próprio impugnante é que tomou ciência do ato.

Estranharam que a contribuinte defenda a nulidade do termo de re-intimação fiscal datado de 19/01/2007, se ao mesmo tempo, alega a exigüidade do tempo fornecido pelo Fisco para atender as exigências legais. Nesse quesito a termo de re-intimação não se confunde com os prazos dados ao MPF que inclusive mesmo que ultrapassados não estão sujeito a qualquer espécie de nulidade.

Em relação ao Termo de Verificação Fiscal – TVF ressaltaram que ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte em sua defesa, o erro de grafia de seu nome não é causa de nulidade do auto de infração, previstas taxativamente no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, assim como a ausência do horário em que a contribuinte teve ciência do mesmo.

Ressaltaram que não compete a autoridade administrativa a análise de ilegalidade e inconstitucionalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico pátrio, competência esta exclusiva do Poder Judiciário. Questão já pacificada pela elaboração da Súmula nº 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Rejeitaram a alegação de decadência do crédito constituído a título de PIS e COFINS (janeiro e fevereiro de 2002), por entender que para as contribuições sociais não se aplica o disposto no art. 150, §4º do CTN, mas sim o art. 45, I da Lei nº 8.212/91, sendo,



portanto, de dez anos o prazo decadencial, contados do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ser constituído.

Afirmaram que o art. 42 da Lei nº 9.430/96, expressamente determina que os créditos em contas bancárias, cuja origem não tenha sido comprovada, são considerados como receitas omitidas por presunção legal, sendo ônus da contribuinte afastar esta presunção através de documentos hábeis e idôneos.

Entretanto, após analisar os documentos juntados aos autos pela contribuinte, referentes aos anos-calendário 2002, 2003 e 2004, consignaram que os mesmos não comprovam as alegações apresentadas pela contribuinte em sua defesa, razão pela qual deve ser mantida a autuação, observado o disposto no art. 25 da Lei nº 9.430/96.

Observaram que a fiscalização, corretamente, desconsiderou na base de cálculo os valores estornados e depósitos oriundos de conta de mesma titularidade para a apuração dos tributos devidos, conforme bem explicitado no Termo de Verificação Fiscal. No anexo ao Termo de Verificação fiscal de fls.270/293, o demonstrativo de créditos bancários de origem não comprovada listou somente valores que efetivamente ingressaram na conta bancária da contribuinte como novos recursos. A autoridade fiscal tomou todas as cautelas na apuração da receita omitida desconsiderando quaisquer montantes que não fossem recursos efetivamente auferidos pela contribuinte.

Sendo assim, verificaram que ao contrário do que entendeu a contribuinte, não houve no presente caso o *bis in idem*.

Ressaltaram, que apesar da contribuinte ter alegado que não ocorreu o depósito a crédito na conta nº 8.02114-0 do Bando Real, não comprovou as suas afirmações.

Em relação à necessidade de intimação do ex-sócio, referido pela contribuinte, destacaram que não há previsão legal que obrigue ao Fisco a tomar a requerida providência. Ademais, a intimação foi efetuada dentro dos ditames legais, conforme já exposto.

Entretanto, entenderam que cabe ressalva ao documento de fl.936, que se refere a depósito estornado no valor de R\$ 1.683,33 (conta corrente 8.002114-0, Banco Real, agência 0409), datado de 18/10/2004, o qual possui correspondência com o montante informado no demonstrativo elaborado pela autoridade fiscal de fl.291, motivo pelo qual este valor deverá ser considerado para fins de dedução da base de cálculo dos tributos objeto do Auto de Infração.

Em relação à omissão de receitas da atividade, verificaram que constatada a entrada de recursos sem respaldo em documentação fiscal, caracterizado está a omissão de receitas, que deverá ser considerado para fins de apuração dos tributos correspondentes, nos termos do art.528 do RIR/99.

Dessa forma, tendo em vista que os comprovantes de arrecadação de tributos e cópias de DARF, apresentados pela contribuinte em nada influenciam para fins de dedução do montante, ora apurado, visto que os valores apurados no auto de infração se referem à parte que não foi oferecida à tributação, cujos tributos não foram pagos, os julgadores mantiveram a autuação, com exceção da parcela de R\$ 1.683,32, conforme descrito anteriormente.



Afirmaram que os juros de mora são devidos de acordo com o determinado pelo art.61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96. Em qualquer caso, o termo inicial para incidência de juros de mora é o primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento da obrigação fixado na lei, nos termos do art. 84, § 1º, da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, c/c art. 61, § 3º, da Lei n.º 9.430, de 26 de dezembro de 1996, não existindo nenhuma ressalva legal para suspensão, interrupção ou exclusão desses acréscimos moratórios.

Nesse sentido, entenderam que é improcedente a contestação de aplicação da taxa SELIC, pois, há fundamentação legal para a sua utilização. O contribuinte está a insurgir-se contra disposições expressas de lei. A incidência de juros de mora em percentuais superiores a 1% ao mês encontra guarida no art. 84, I, da Lei n 8.981, de 1995, no art. 13 da Lei n 9.065, de 1995, e no art. 61, § 3º, da Lei n 9.430, de 1996. O mesmo art. 13 da Lei n 9.065, de 1995, respalda a aplicação da taxa SELIC a partir de 1º de abril de 1995.

Ressaltaram que a multa de ofício foi aplicada por ter sido constatada, pela fiscalização, a insuficiência de recolhimento, sendo o montante da penalidade aplicado sobre o valor apurado dos tributos, nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96. Sendo assim, mantiveram a glosa por expressa previsão legal.

Indeferiram o pedido de diligência/perícia, por considerar que existem nos autos provas suficientes para formar o convencimento dos julgadores, bem como o pedido de juntada posterior de documentos, uma vez que este preclui após a apresentação da impugnação nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Quanto aos lançamentos reflexos, reafirmaram que para o cálculo do montante para fins de apuração das infrações foram desconsiderados os créditos em conta referente à transferência de mesma titularidade comprovada, empréstimos, liberação de contrato, resgate de fundos. Quanto à transferência de mesma titularidade, foram considerados comprovados somente os valores de crédito e débito coincidentes em data e valor. Os créditos discriminados, referentes ao Banco do Brasil, foram considerados na efetiva entrada de numerário na conta corrente, ou seja, na data do desbloqueio.

Sendo assim, verificaram que a Fiscalização desconsiderou na base de cálculo estornado e depósitos oriundos de conta de mesma titularidade para a apuração dos tributos devidos, conforme bem explicitado no Termo de Verificação Fiscal. Referida cautela fiscal aplicou-se quando da apuração da CSLL, PIS e COFINS.

Em relação à incidência da CSLL, COFINS e PIS sobre a receita omitida, destacaram que a tributação sobre o valor apurado encontra respaldo legal na legislação de regência, conforme discriminados nos Autos de Infração respectivos (fls.343, 356 e 368).

Prosseguiram afirmando que a tributação com base na omissão de receitas (depósitos bancários de origem não comprovada e omissão de receita de atividade) encontra respaldo legal, conforme capitulada nos dispositivos legais citados nos respectivos Autos de Infração. Todo o procedimento de fiscalização e a aferição da receita omitida foram corretamente apurados pela autoridade fiscal tendo obedecido aos trâmites legais.



Dessa forma, rejeitaram a alegação da contribuinte de que a autuação foi baseada em presunção inexistente no direito tributário brasileiro (autuação com base apenas em extratos bancários). Conforme já exposto, não há nulidade no presente Auto de Infração, e, assim, são válidas as atuações referentes aos demais tributos.

A esse respeito, transcreveram o art. 24 da Lei nº 9.249/95, que deixa claro a possibilidade de tributação com base na receita omitida da CSLL, PIS e COFINS em concordância com o regime de tributação a que estiver subordinada a infratora.

Quanto à discussão se a base de cálculo do PIS poderia ou não ser alterada por lei ordinária, reafirmaram que não cabe à Administração Pública se pronunciar sobre a matéria.

Pelas razões acima expostas é que a 7ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - SP, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte os lançamentos efetuados, conforme demonstrativo de fls. 1.442/1.445.

Às fls. 1.447, o Ministério Público Federal, através do ofício nº12782/07 – Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.006051/2004-33, requisita informações sobre o presente processo, tendo estas sido prestadas através do OFÍCIO DERAT/DICAT/EQCOB/SP nº 168/2007, esclarecendo que foi apresentada impugnação ao lançamento efetuado e remetendo os autos para a DRJ para cópias.

Intimada da decisão de primeira instância em 04.12.2007, às fls. 1.472, a contribuinte recorreu a este E. Conselho de Contribuintes, tempestivamente, em 27.12.2007, às fls. 1.476/1.537, juntando, ainda, os documentos de fls. 1.540/1.555, alegando em síntese o que se segue:

Inicialmente, faz um breve relato dos fatos e fundamentos que deram origem ao presente processo, suscitando, que a autoridade administrativa de primeira instância ao julgar a impugnação apresentada três meses após a sua apresentação, deixou de analisar argumentos nela aduzidos.

Preliminarmente, afirma que não houve a intimação da pessoa física responsável pela sua administração da empresa à época dos fatos ora analisados. Nesse sentido, esclarece que a sociedade era administrada até junho de 2005, exclusivamente, pelo sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo e não pelos atuais. Dessa forma, acredita que o ex-sócio deveria ter sido intimado tendo em vista que era o conhecedor do andamento dos negócios da empresa, ou mesmo, juntada cópia de sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física pela própria Receita Federal.

Sendo assim, afirma que a não apuração da responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III do CTN e conforme orientação do E. Conselho de Contribuintes, é causa de nulidade de todo o procedimento, ante o evidente cerceamento de defesa.

Nesse sentido, afirma que merece reforma a decisão de primeira instância uma vez que o art. 137 da CTN, é claro ao dispor sobre a responsabilidade pessoal do agente.



Ressalta que apenas o ex-sócio, Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo, como único administrador da empresa no período autuado, pode prestar as informações solicitadas pela fiscalização, bem como demonstra a origem dos milhares de cheques depositados nas contas correntes da empresa.

Entende que além da não intimação do ex-sócio e do indeferimento do pedido de perícia/diligência, também teve seu direito à ampla defesa cerceado face à concessão por parte da fiscalização de prazos exíguos para a apresentação dos documentos solicitados. Argumento este que segunda a contribuinte não foi analisado na decisão recorrida.

Destaca que apesar de não ter medido esforços para entregar todos os documentos no exíguo prazo dado pela fiscalização, teve enormes dificuldades, sobretudo quando a época dos fatos não exercia a administração da empresa.

Esclarece que ao contrário do que consta na decisão recorrida, não foi concedido o extenso prazo de mais de quatro meses para a apresentação de toda a documentação solicitada, mas o prazo concedido em outubro, depois renovado em janeiro e fevereiro, objetivava não só a apresentação da documentação, como também a comprovação de todas as entradas bancárias nas contas da empresa durante três anos.

Frisa que a decisão recorrida não se ateve ao fato de que independentemente de qualquer intimação específica, em 17.04.2006, a contribuinte forneceu a autoridade administrativa os extratos bancários relacionados à conta bancária mantida no Banco Real, bem como em 08.05.2006, os extratos das contas mantidas no Banespa.

Alega que a fiscalização deu a contribuinte tratamento desigual, na medida em que o Fisco prorrogou indiscriminadamente o MPF, enquanto para a empresa foi concedido o prazo de dez dias, prorrogado por mais 30, sendo os demais pedidos de prorrogação ignorados pela fiscalização.

Afirma que somente dois dias úteis após a entrega de toda a documentação solicitada pela fiscalização, tomou ciência do Termo de Verificação Fiscal, o que segunda a contribuinte, leva a crer que esta documentação não foi suficientemente analisada.

Caso não seja reconhecida nenhuma das nulidades suscitadas, o que admite apenas por amor ao debate, requer seja o processo remetido para a autoridade que lavrou o termo de verificação fiscal, para que apresente novos cálculos diante dos documentos acostados aos autos.

Aduz que os julgadores *a quo* equivocadamente entenderam que para serem caracterizados como transferência da mesma titularidade, deve ser considerados apenas os créditos do mesmo valor e mesma data.

Nesse sentido, afirma que era imprescindível não só a minuciosa análise por parte do Fisco, como também a realização de perícia contábil para verificar o exato montante de transferências de contas entre a mesma titularidade.

Insurge-se também face à afirmação proferida na decisão recorrida de que somente poderia ocorrer o cerceamento de defesa na fase processual. Isto porque, afirma que



também na fase inquisitorial devem ser observados todos os requisitos previstos em lei, podendo sim a contribuinte ter o seu direito à defesa cerceada.

Afirma que a atividade administrativa é vinculada e solene, devendo, portanto, ser exercida nos exatos termos da lei.

Destaca que ao contrário do que entenderam os julgadores de primeira instância, as hipóteses de nulidade do processo administrativo elencadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 não são taxativas, mas sim exemplificativas.

Dessa forma, requer a nulidade do auto de infração, por entender que na descrição dos fatos deveriam constar no próprio auto de infração e não no Termo de Verificação, documento diverso, conforme dispõe o art. 10, III do Decreto nº 70.235/72. Corroborando seu entendimento transcreve jurisprudência do TRF-3ª Região.

Salienta que não bastasse a ausência de fundamentação legal no auto de infração, também teve seu direito cerceado pelo Fisco, na medida em que somente foram devolvidos os seus livros fiscais quando já iniciado o prazo para a apresentação da impugnação, como inclusive reconheceram os julgadores de primeira instância.

Sendo assim, ressalta que não cabe a autoridade administrativa o juízo de valor sobre o grau de prejuízo sofrido pela contribuinte em 1 dia sem acesso aos seus livros e documentos contábeis, restando evidente o cerceamento a defesa. Dessa forma requer seja julgada nulo o procedimento fiscal, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Ademais, reafirma que durante seu prazo para a apresentação da impugnação, os autos do processo administrativo ficaram indisponíveis por 5 dias, tendo em vista a remessa entre diferentes setores, o que segundo a contribuinte também lhe causou prejuízos à defesa.

Destaca que ao contrário do que consta na decisão recorrida, não é necessário que todos os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 estejam presentes para que fique configurado o cerceamento de defesa.

Alega, ainda, que o Mandado de Procedimento padece de vício de legalidade, uma vez que não observou os requisitos previstos nos arts. 7º e 10 da Portaria da SRF nº 6.087.

Ressalta, ainda, que nenhum mandado de procedimento de fiscalização complementar acompanhou o termo de ciência emitido em 12/05/2006, e nem mesmo no sítio da SRF consta qualquer menção à alteração da supervisão indicada no termo de ciência de 12/05/2006 (substituição do Supervisor Josué Batista de Andrade por Victor Hugo de Mello Castanho), razão pela qual, também por este motivo, deve o auto de infração ser julgado nulo por ofender os princípios da publicidade dos atos administrativos e cerceamento de defesa (art.5º, LV da CF/88).

Afirma que a cada prorrogação do MPF deve ser substituído o supervisor da fiscalização, procedimento obedecido uma única vez no caso em tela.

Ademais, destaca que o prazo máximo de 60 dias de duração do procedimento fiscal não foi obedecido pelo Fisco (Termo de Início de Fiscalização em



03/03/2006 – ciência e o segundo MPF emitido em 12/05/2006), dessa forma, o procedimento de fiscalização tramitou em absoluta nulidade. O mesmo raciocínio aplica-se ao lapso temporal entre o Termo de Ciência e Continuação de Procedimento Fiscal, datado de 12/07/2006, e o Termo de Intimação fiscal ocorrido em 26/10/2006. Aplicável a argumentação já exposta aos MPF expedidos em 20/01/2006 e 14/02/2006, sendo que no caso deste último nem sequer recebeu outros MPF de prorrogação tendo em vista que o prazo máximo de validade de cada um é de 120 dias.

Salienta que a falta de intimação dos mandados de procedimento fiscal gera sua nulidade, razão pela qual a não-intimação de um invalida os demais.

Observa que a partir de 23/10/2006 o termo de intimação indica endereço incorreto, razão pela qual deverá ser declarado nulo o Auto de Infração.

Reafirma que não havendo a intimação do ex-sócio, a contribuinte sequer pode afirmar saber se, de fato, todos os valores lançados devem ser considerados receita, para fins de incidência do IR. Se dispusesse de maior tempo poderia ter comprovado a origem dos recursos. Mesmo assim, justificou mais da metade de todos os lançamentos que lhe foram imputados.

Observa que ao contrário do que entenderam os julgadores *a quo* em nenhum momento pretendeu a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato praticado, mas apenas a aplicação da lei e da Constituição Federal, nos estritos termos em que permite o ordenamento jurídico, nos termos do art. 37 da CF/88.

Em relação aos lançamentos do PIS e COFINS, por serem tributos apurados mensalmente, afirma a contribuinte que parte do crédito (janeiro e fevereiro de 2002) foi atingido pela decadência, nos termos do art. 150 do CTN, não se aplicando ao presente caso o prazo decadencial de 10 anos previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, uma vez que o sujeito arrecadador do PIS e da COFINS é a União Federal.

No mérito, afirma que é indevida a Presunção de Omissão de Receitas – Somente será possível determinar a real receita da impugnante se houver a intimação do ex-sócio Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo, com o objetivo de juntar aos autos sua DIRPF, pois se somando referida declaração com os documentos já apresentados, será possível determinar quais valores formam as receitas da contribuinte e quais as decorrentes de interposição da contribuinte entre terceiros e o referido ex-sócio.

Alega que a fiscalização não poderia presumir a omissão de receitas, com base em depósitos bancários – não pode incidir IRPJ sobre movimentação financeira (art.153, III, CF/88 e art.43, I e II do CTN). Deve a fiscalização buscar todos os indícios para realizar o lançamento dentro de dados verossímeis. Sendo assim, afirma que é ilegítimo o lançamento do IRPJ arbitrado com base em apenas extratos ou depósitos bancários. Suscita, ainda, a Súmula nº 182 do antigo TFR.

Esclarece que a fiscalização tributou como renda os valores estornados, conforme fazem provas os documentos acostados aos autos, razão pela qual a manutenção dessa glosa representa “bis in idem”. Entretanto, a decisão recorrida se limitou a afirmar que os



cálculos estão corretos, sem questionar ou mesmo julgar o montante de R\$ 216.763,61 que totalizam os valores estornados.

Destaca que houve a tributação de valores transferidos de uma conta a outra, ambas da titularidade da contribuinte. O depósito a crédito na conta nº 8.02114-0 do Banco Real, supostamente do dia R\$ 16.425,55, não ocorreu, sendo impossível a realização de prova negativa como quer a decisão recorrida.

Insurge-se face à aplicação dos juros de mora com base na Taxa Selic por entender que a mesma não tem previsão legal, conforme declarou o Ministro Franciulli Netto em decisão já transcrita em sua impugnação, sendo, portanto inconstitucional diante da sua natureza remuneratória.

Afirma que também não merece prosperar a aplicação da multa no percentual de 75%, por ser esta confiscatória, em evidente desrespeito ao art. 150, IV da CF/88 e ao princípio da razoabilidade.

Em relação aos lançamentos reflexos, a contribuinte reitera os argumentos apresentados em sua impugnação.

Ou seja, entende que é nula a autuação de CSLL por ser nulo o auto de IRPJ pelos argumentos já expostos quanto ao IRPJ. A CSLL não pode ter base de cálculo aferida com fundamento em extratos e depósitos bancários, incidindo a sua base de cálculo sobre o lucro, o que não se confunde com a renda.

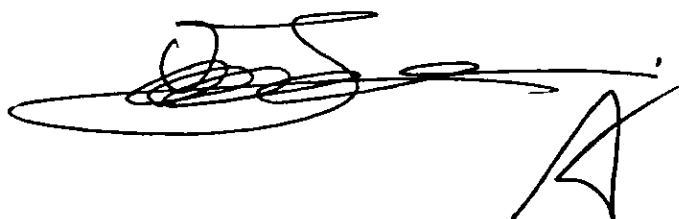
Salienta que o lançamento com base em extratos bancários não é suficiente para a apuração da receita bruta ou faturamento (base de cálculo viciada da mesma forma que o IRPJ e a CSLL) e requer a exclusão da base de cálculo dos montantes estornados e dos valores entre contas correntes de titularidade da contribuinte.

Destaca que a Lei nº 9.718/98 é inconstitucional e não foi recepcionada pela CF/88, a tributação com base na receita bruta não foi regulamentada por lei federal.

Quanto ao auto de infração lavrado a título de PIS e COFINS, ressalta que a base de cálculo não poderia ser alterada por lei ordinária.

Finalmente, requer sejam julgado integralmente improcedentes os autos de infração lavrados.

É o relatório.



Voto

Conselheiro VALMIR SANDRI, RELATOR.

O recurso é tempestivo, e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme se depreende do relatório, o presente processo teve origem em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, no qual a fiscalização constatou omissão de receitas de atividades pela ausência de documentos fiscais, bem como, depósitos bancários não contabilizados e comprovados a sua origem, apesar de intimada diversas vezes a fazê-lo, referente aos anos-calendário 2002, 2003 e 2004, conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 265/269, mantido quase na sua totalidade pela decisão recorrida – excluído da base de cálculo o valor de R\$ 1.683,33 -.

Para afastar a exigência, alega a Recorrente argumentação de variada ordem, ou seja: que os documentos apresentados não foram suficientemente analisados o que lhe causou cerceamento de defesa; que o sócio responsável pela administração da empresa à época dos fatos deveria ter sido intimado; que foram concedidos prazos exíguos para a apresentação dos documentos; que a decisão recorrida não analisou detalhadamente todos os argumentos e documentos apresentados; que o Processo deve ser remetido para o fiscal autuante para que elabore novos cálculos; que não é necessário que os créditos tenham o mesmo valor e a mesma data para caracterizar a transferência entre contas da mesma titularidade; que caso tivesse sido realizada perícia esta transferência restaria comprovada; que pode ocorrer cerceamento de defesa também na fase inquisitorial; que a atividade administrativa é vinculada e solene; que as hipóteses elencadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, são exemplificativas; que o auto de infração deve ser anulado por não conter a descrição dos fatos; que a fiscalização somente devolveu seus livros e documentos fiscais após o início do prazo para apresentar impugnação; que não teve acesso aos autos do processo administrativo; que o MPF padece de vício de legalidade; que ao contrário do que entenderam os julgadores a *quo*, não pretende a declaração de inconstitucionalidade, mas apenas seja respeitado o art. 37 da CF/88; que parte do crédito de PIS e COFINS foi atingido pela decadência; que a fiscalização não poderia presumir a omissão de receitas com base apenas em extratos bancários; que a fiscalização tributou como renda valores estornados; que é impossível a realização de prova negativa; que é confiscatória a multa aplicada; que é nula a autuação de CSLL; que é inconstitucional a Lei nº 9.718/98 e que não deve ser aplicada a Taxa Selic como índice de atualização dos juros moratórios.

Inicialmente, é de se observar que a Recorrente, em linhas gerais, repete os mesmos argumentos despendidos na sua peça exordial, os quais foram devidamente enfrentados pela r. decisão recorrida, e por comungar plenamente com os argumentos e fundamentos lá expendidos, peço *vênia* para adotá-los como se meu fosse, com exceção da conclusão relativa à decadência referente ao PIS e COFINS suscitada pela contribuinte.

Entretanto, para não tornar este voto enfadonho, me abstenho de transcrever novamente aqui a decisão adotada, eis que já levado ao conhecimento deste Colegiado por ocasião da leitura do Relatório, devendo-a, dessa forma, ser considerada aqui como se transcrita fosse.



Por outro lado, não posso me furtar de fazer algumas considerações acerca dos argumentos despendidos pela contribuinte no seu recurso voluntário, vejamos:

Preliminarmente, entendo que não merecem prosperar os argumentos apresentados pela contribuinte quando a suposta ocorrência do cerceamento de defesa, seja face às nulidades inerentes ao MPF, ao Termo de Verificação Fiscal, aos prazos exíguos dados pela fiscalização ou a indisponibilidade do processo, pelas razões que serão detalhadamente analisadas a seguir.

Não obstante entenda que assiste razão a contribuinte ao afirmar que o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não estabelece todas as causas de nulidade do processo administrativo, constata-se que no caso ora analisado não houve qualquer irregularidade que acarretasse no cerceamento de sua defesa.

É plenamente válida a descrição detalhada dos fatos que deram origem à autuação no Termo de Verificação Fiscal que vem anexo aos autos de infração lavrados, sobretudo quando no próprio (auto de infração), na descrição dos fatos, conta que as infrações encontram-se demonstrado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 328, 339, 352 e 366, não havendo, portanto, o que se falar em prejuízo a defesa da contribuinte quando na descrição dos fatos que deram origem ao presente processo encontrar-se no Termo de Verificação Fiscal e não no auto de infração que faz menção àquele.

Nesse sentido é a jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – IMPROCEDÊNCIA – Improcede a arguição de nulidade do auto de infração, quando a infração imputada ao contribuinte encontra-se minuciosamente descrita em termo de verificação que instrui a peça básica, atendendo plenamente as disposições do Decreto nº 70.235/72, e a peticionante, na defesa interposta, demonstra pleno conhecimento do seu conteúdo.

(...)"

(Acórdão nº 101-95649, Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes)

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2004, 2005

Ementa: NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - IMPROCEDÊNCIA - Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Termo de Verificação Fiscal, e que o contribuinte, demonstrando ter perfeita compreensão delas, exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

(...)"

(Acórdão nº 105-17261, Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes)

"NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - Se o Termo de Verificação, que integra o auto de infração, descreve minudentemente os fatos, bem como a verificação, feita pelo Auditor Fiscal, da ocorrência do fato gerador, do montante tributável e da penalidade aplicável, eventual inexatidão de qualquer dessas apurações terá como consequência a redução ou exoneração da exigência por questão de mérito, mas não a nulidade do auto de infração."

(...)"

(Acórdão nº 101-94854, Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes)



Portanto, tendo sido detalhadamente descrito no Termo de Verificação Fiscal todas as infrações que foram imputadas a contribuinte, que, aliás, demonstrou conhecê-las plenamente, não há que se cogitar na nulidade do processo face ao suposto cerceamento de defesa.

Da mesma forma, entendo que o fato dos documentos fiscais e livros contábeis terem sido devolvidos para a contribuinte quando transcorrido um dia do prazo para a apresentação de sua impugnação, não acarretou nenhum prejuízo a mesma, seja por ocasião da impugnação e mesmo agora em grau de recurso, quando a contribuinte teve tempo mais que suficiente para carrear aos autos provas justificando os depósitos efetuados em suas contas correntes, bem como, justificar a ausência de sua contabilização.

Assim como o fato do processo ter sido remetido de um setor para outro dentro da Receita Federal do Brasil, não é motivo para justificar a nulidade de qualquer ato administrativo, ainda mais quando todos os documentos já estavam em poder da contribuinte.

Nesse sentido o Conselho de Contribuinte já se manifestou nos seguintes termos:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRELIMINAR DE NULIDADE - Não configura cerceamento do direito de defesa o fato de o sujeito passivo ter tido vistas do inteiro teor do processo apenas cinco dias após o recebimento do auto de infração, mormente no caso em que todas as informações acerca da motivação do ato fiscal constam do próprio auto, do qual faz parte integrante o Termo de Verificação Fiscal.

(...)."

(Acórdão nº 108-06954, Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes)

Quanto à alegação da Recorrente de que a fiscalização teria concedido prazos exíguos para a apresentação dos documentos solicitados, verifica-se que mesmo após a apresentação da impugnação, mais de um ano após iniciado o Procedimento Fiscal, a contribuinte não apresentou qualquer documento hábil e idôneo para afastar a presunção de omissão de receita, razão pela qual também não merece prosperar o seu argumento quanto à suposta ocorrência do cerceamento de defesa por este motivo.

Em relação à alegação de que teria seu direito à defesa cerceado pela não notificação do ex-sócio, responsável pela empresa a época dos fatos, importante observar que este somente responde pessoalmente quando agir com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135 do CTN.

A regra é que a pessoa jurídica, independentemente do sócio responsável à época responda pelos seus atos, sendo, portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização ao intimar a pessoa jurídica, sujeito passivo da relação jurídica tributária para responder pelos seus atos, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/72.

Pode-se concluir que ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte, não houve no presente caso qualquer irregularidade que justifique a nulidade do processo administrativo, uma vez que tanto a fiscalização quanto os julgadores *a quo* analisaram detalhadamente todos os documentos e argumentos apresentados por ela, além de terem sido observados todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, para a lavratura do auto de infração.



Observe-se, ainda, que não obstante o Mandado de Procedimento Fiscal seja um mecanismo de controle administrativo, a contribuinte tomou ciência de todas as suas prorrogações, respeitadas as normas previstas na Portaria da SRF nº 6.087/2005, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

Ainda em sede preliminar, alega a contribuinte que parte do crédito tributário relativos ao PIS e a COFINS (janeiro e fevereiro de 2002) foi atingida pela decadência do direito da Fazenda Pública em constituir-los, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, não se aplicando ao presente caso o art. 45 da Lei nº 8.212/91, como entenderam os julgadores de primeira instância.

Nesse ponto, entendo que assiste razão a Recorrente.

Para evitar conflitos de competência, em matéria tributária entre os entes tributantes e garantir um mínimo de segurança jurídica, a Constituição Federal no seu art. 146, dispôs:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – (...);

II – (...);

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) (...);

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;.”

Neste diapasão, a Lei nº 5.172/66 (CTN), com status de lei complementar, recepcionada que foi pela Constituição Federal/88 como norma geral de direito tributário, dispõem nos seus arts. 150, § 4º e 173, os prazos decadências em matéria tributária.

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;



II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Portanto, tendo a Constituição Federal estabelecido que cabe a lei complementar a função de determinar os prazos de decadência e prescrição, e tendo o Código Tributário Nacional, com status de lei complementar, estipulado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º), ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I), não resta dúvida que para as exigências do PIS e da COFINS com fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 2002, já havia decaído o direito do Fisco em constituir o crédito tributário via lançamento de ofício, eis que a ciência do lançamento se deu em 30.03.07.

Não se trata aqui, evidentemente, de declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n. 8.212/91, matéria esta de reserva absoluta do Supremo Tribunal Federal, mas sim de dar aplicabilidade a sua jurisprudência que de longa data já vinha declarando a inconstitucionalidade do “caput” do art. 45, da Lei 8.212/91, por invadir área reservada à lei complementar, conforme se pode verificar da Arguição de Inconstitucionalidade nº 63.912, incidente no AI nº 2000.04.01.092228-3/PR.

De se observar que, mais recentemente (agosto de 2007), o Supremo Tribunal Federal, ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário nº 552.710-7-SC, proposto pela União, sepultou de vez a pretensão da Fazenda Nacional em ver estendido o prazo decadencial para o fisco constituir crédito da Seguridade Social com regência nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, ao argumento de que os referidos dispositivos estão em desarmonia com a Constituição Federal, ante a circunstancia de não terem sido veiculados por lei complementar, conforme se depreende da ementa abaixo:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PRAZOS DECADENCIAL E PRESCRICIONAL – REGÊNCIA – ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/91 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA CORTE DE ORIGEM – HARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO”.

Ademais, recentemente, tal questão restou pacificada em razão da Súmula Vinculante nº 08, aprovada pelos Ministros do E. Supremo Tribunal Federal, que tem a seguinte redação:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.



Dessa forma, considerando que inexistiu no presente caso o evidente intuito de fraude, dolo ou simulação, que poderia deslocar o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º para o art. 173, I, ambos do CTN, não tenho dúvidas que no presente caso aplica-se o disposto no art. 150, §4º do CTN, razão porque, como já aventado acima, dou provimento para afastar a exigência das referidas contribuições com fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 2002.

Quanto à alegação da contribuinte de que a fiscalização não poderia presumir a omissão de receitas e, conseqüentemente, lavrar os autos de infração com base apenas nos depósitos bancários, impõe-se, desde já, para efeito da não aplicação da Súmula 182 do TRF, caracterizar a existência de duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base nos arts. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (§ este revogado pela Lei n. 9.430/96) e outra com base no art. 42, da Lei nº 9.430/1996, vejamos:

Lei nº 8.021/1990

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(.....)

§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações."[revogado]

Lei nº 9.430/1996

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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."

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se o que vem a distinguir uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 – entrada em vigor da Lei nº 9.430 -, a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar a outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão inexistia, e com isso o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, *caput* e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação adequada, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, não se aplicando,



portanto, mais o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto TRF que determinou o cancelamento dos débitos para com a Fazenda Nacional, originários de cobrança do imposto de renda, arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários a luz do Decreto-lei nº 2.471/88.

Portanto, ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À contribuinte cabe comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, o que não foi feito em nenhum momento do processo, não restando alternativa a fiscalização senão presumir a omissão de receitas.

Nesse passo, é de se reiterar que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas, até mesmo porque, depósito bancário não configura disponibilidade econômica ou jurídica de renda, conforme lembra a recorrente ao mencionar o art. 43 do CTN.

Ao contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um depósito bancário sem origem - e o fato desconhecido - auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta provém de receitas omitidas.

Pelo acima exposto, verifica-se que o lançamento em questão decorre de presunção legal, não havendo, portanto, qualquer falha e/ou imprecisão na base de cálculo do tributo, muito menos ofensa ao princípio da legalidade, eis que havia um antecedente texto de lei autorizando que se procedesse ao lançamento para a exigência do tributo quando o contribuinte regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade da multa de ofício de 75% que entende confiscatória, é de se observar que não cabe ao julgador administrativo questionar a legalidade ou constitucionalidade do comando legal, tarefa essa privativa do Poder Judiciário, devendo este se limitar a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade, a não ser nos casos em que a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou no difuso, este a partir do momento e na hipótese de produzir efeitos "erga omnes".

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de tributo com o efeito de confisco. Trata-se de limitação ao poder de tributar que visa evitar o excesso de carga tributária, que implique agravamento exagerado na situação do contribuinte. Porém, não existe um patamar pré-definido que permita dizer que um tributo tem ou não efeito confiscatório, cabendo essa valoração ao legislador ou, mediante provocação, ao órgão judicante competente.



Assim, em primeiro plano, pode-se dizer que o princípio do não confisco é uma limitação imposta pelo legislador constituinte ao legislador infra-constitucional, não podendo este último instituir tributo que tenha efeito confiscatório, onerando excessivamente a contribuinte. Em segundo plano, o princípio dirige-se, eventualmente, ao poder judiciário, que deve aplicá-lo no controle difuso ou concentrado da constitucionalidade das leis.

Dessa forma, não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito de confisco dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

E sendo assim, por estar as multas de ofício previstas em ato legal vigente (art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996), descabida mostra-se qualquer manifestação deste órgão julgador no sentido do afastamento de sua aplicação e/ou eficácia.

Quanto à alegação de ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para o cálculo dos juros moratórios, é de se observar que a mesma está sendo aplicada em consonância com os dispositivos legais validamente editados, no caso, a Lei nº 8.981/95 que estabeleceu, no seu art. 84, I, que os juros de mora seriam equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna. A MP nº 947, de 23/03/1995, em seus arts. 13 e 14, alterou o disposto para juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a serem aplicados a partir de 01/04/1995.

Por seu turno, a MP nº 972, de 22/04/1995, convalidou a Medida Provisória anterior e, finalmente, a Lei nº 9.065, de 21/06/1995, no seu art. 13, convalidou o art. 13 das duas Medidas Provisórias antes mencionadas, sendo posteriormente ratificados pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96, que vigora até o dia de hoje.

O fato é que a questão dos juros moratórios calculados com base na Taxa Selic não comporta mais discussão neste E. Conselho, tendo em vista que a matéria já se encontra sumulada, vejamos:

“Súmula 1º CC n. 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”.

Como se vê, a exigência de juros de mora calculados com base na taxa Selic foi prevista de forma literal no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, e no §3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96, não havendo, portanto, como afastá-la sem expurgar os dispositivos literais de lei, bem como, a súmula desse E. Conselho de Contribuintes.

Por fim, quanto aos supostos erros na base de cálculo dos tributos ora exigidos, é de se observar que a contribuinte em nenhum momento do processo conseguiu comprovar com documentos haveis e idôneos suas longas assertivas no sentido de que a fiscalização deixou de considerar estornos, transferências entre contas da mesma titularidade e/ou de terceiros, etc.



O que se vê, são meras alegações. Cabia a Recorrente demonstrar que de fato ocorreu tais equívocos por parte da fiscalização, o que não fez, e não seria a perícia, que requer, o procedimento para colher provas que estavam a seu encargo.

Quanto aos lançamentos decorrentes (CSLL, PIS e COFINS), por possuírem os mesmos fundamentos fáticos da presente exigência, a decisão aqui prolatada faz coisa julgada em relação aos decorrentes, em vista da íntima relação de causa e efeito que os une, com a ressalva da decadência acima acolhida.

Pelo exposto, voto no sentido AFASTAR as preliminares de cerceamento de defesa e nulidade suscitadas, ACOLHER a preliminar de decadência relativa ao PIS e COFINS para os fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 2002, para no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 13 de maio de 2009.



VALMIR SANDRI, Relator.