



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 19515.001373/2004-68
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.583 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de setembro de 2018
Matéria OMISSÃO RECEITA/PASSIVO FICTÍCIO
Recorrente ISOBATA DISTRIBUIDORA DE PESCADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/03/1999

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/1999

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO E PERCENTUAL. LEGALIDADE

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIÇÃO. VEDAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/1999

O passivo fictício é infração continuada, por isso, não cabe afastar a autuação em razão da possibilidade de a obrigação não comprovada já ter sido fictícia em exercício anterior ao período fiscalizado; ressalvando-se que um mesmo passivo fictício não legitima diversas autuações por persistir na escrita por

mais de um período de apuração, pois seria tributar diversas vezes uma única omissão de receita.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. PASSIVO FICTÍCIO.

As presunções legais relativas caracterizam-se por dispensarem o Fisco do dever de provar a ocorrência do evento descrito no fato indiciado, que no caso é a omissão de receita, uma vez provado o fato indiciário, qual seja, contas já pagas, ou fictícias mantidas no passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros Eduardo Morgado Rodrigues, Luis Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), Eva Maria Los, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, José Carlos de Assis Guimarães, Rafael Gasparello Lima, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa; ausente justificadamente Luis Fabiano Alves Penteado, substituído por Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata o processo de autos de infração de págs. 86/103, que exigem: Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, no regime lucro real trimestral, no montante de R\$1.211.903,75, relativo à infração: 0001- Omissão de Receitas, Passivo Fictício, fato gerador em 31/03/1999; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, R\$389.729,20, reflexo da mesma infração; Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no valor de R\$146.673,34, reflexo da mesma infração; Contribuição para o PIS, R\$31.779,22, reflexo da mesma infração; todas infrações foram apenadas com multa de ofício 75%. Os procedimentos de fiscalização e as autuações estão descritos no Termo de Constatação Fiscal, págs. 82/85.

2. O contribuinte apresentou impugnação e a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP - DRJ/SPO1 proferiu o Acórdão nº 16-13.853, em 20 de junho de 2007, págs. 138/146, em que julgou o lançamento procedente:

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Sao Paulo - I, por unanimidade de votos, rejeitar a prejudicial de decadência e considerar **PROCEDENTE** o lançamento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar O presente julgado.*

3. O contribuinte cientificado em 24/08/2007, pág. 153, apresentou Recurso Voluntário, págs. 154/171, tempestivo, em 05/09/2007, a seguir resumido.

4. Pleiteia a nulidade dos autos de infração, pelos argumentos a seguir.

5. Argui a decadência, pois foi cientificada dos autos em 28/06/2004, porém a maioria dos valores lançados não são relativos ao primeiro trimestre de 1999, mas originárias do ano de 1998.

6. No mérito, argumenta que a constatação de passivo fictício deve ser efetuada por ocasião do balanço, no caso os balanços trimestrais, e a autuação deve se reportar ao maior destes valores do ano 1999, mas que no presente caso, estão incluídos saldos da conta Fornecedores relativos aos anos 1997 e 1998, ou seja, se o saldo da conta em 1998 correspondesse a passivo fictício, esta constatação e o correspondente lançamento deveriam ser efetuados relativamente ao ano 1998. No entanto:

na presente autuação, não ocorreu o necessário expurgo dos efeitos dos anos anteriores e o lançamento trouxe para o ano base 1999 valores que, se fosse o caso, e não é, deveriam ter sido apurados e tributados nos anos anteriores.

Assim, para que o lançamento relativo ao ano base 1999 pudesse prosperar, o saldo inicial da conta em questão deveria ter sido excluído.

Teria, certamente, que ser efetuada apuração do movimento desta conta durante o ano base 1999 com a exclusão do saldo inicial, para tributar somente o do ano sob fiscalização.

Por evidente, o valor total objeto do lançamento inclui valores já atingidos pela decadência, dado que se referem a anos base anteriores a 1999.

7. Demonstra que, se excluído o saldo da conta Fornecedores em 31/12/1998, que era R\$4.888.493,39, do total autuado como passivo fictício de R\$4.889.111,56, resta o saldo de R\$1.618,17 (sic) em 31/03/1999.

8. Que os documentos anexados comprovam que as obrigações vinham, na totalidade, do o ano anterior e devem ser excluídas da autuação; e aduz que devem ser consideradas as situações: "*• primeira, a ora Recorrente não foi intimada a apresentar os comprovantes do passivo relativos ao ano anterior, 1998; • segunda, a inexistência desta intimação macula o lançamento por dois fundamentos: nulidade por erro material na apuração da base de cálculo e do período de incidência, e por cerceamento do direito de defesa.*"

9. Destaca que os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, padecem de constitucionalidade, pois se trata de matéria que deve ser regida por lei complementar, além de que a citada lei trata das contribuições previdenciárias e não da CSLL, PIS e Cofins:

As considerações acima aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL, PIS e COFINS. Não procede a alegação segundo a qual às Contribuições para a Seguridade Social aplicar-se-ia o prazo de decadência de 10 anos, ao invés daquele previsto no Código Tributário Nacional.

10. Quanto à alegação de que descabe a apreciação de alegações de inconstitucionalidade na esfera administrativa, diz que a Administração está sob a égide do Princípio da Legalidade, no entanto, isto não quer dizer que os demais órgãos judiciais e administrativos não possam, no exercício de suas funções, entender que determinada norma não deve ser aplicada, tão somente por seu teor estar em desacordo com as normas e princípios constitucionais vigentes e que deixar de aplicar determinada norma, utilizando outra, pertencente ao infinito universo da legislação tributária brasileira, não equivale, absolutamente, a exercer o controle concentrado de constitucionalidade, este sim, privativo do STF.

11. Requer o cancelamento da multa de ofício, dada a improcedência da autuação; pugna pela improcedência da cobrança de juros superiores a 12% ao ano, por expressa vedação constitucional, por isso, impõe-se a exclusão dos juros à taxa Selic.

12. E por todo o exposto, o cancelamento dos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins.

13. O CARF julgou o recurso voluntário e emitiu o Acórdão nº 1101-00.179, de 27/08/2009, cujas ementas e *decisum* se transcreve:

DECADÊNCIA — IRPJ - O direito da Fazenda Pública de realizar o lançamento, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, está previsto no art. 150 do CTN, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - Declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, pelo Supremo Tribunal Federal (súmula vinculante nº 8 - DOU de 20 de junho de 2008), cancela-se o lançamento no qual não foi observado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência e cancelar o lançamento, com fulcro no art. 150 do CTN, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

14. A Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, interpôs Recurso Especial, págs. 200/207, admitido; cientificado, o contribuinte apresentou Contrarrazões de págs. 227/246.

15. E a Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF no Acórdão nº 9101-002.786, de 06/04/2017 decidiu que:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário:2001

DECADÊNCIA IRPJ E LANÇAMENTOS REFLEXOS DE CSLL, PIS E COFINS ART.173, CTN DIPJ Não comprovado o pagamento de tributos, a regra decadencial aplicável é a do artigo 173, I, do CTN.

(...)

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencido o conselheiro Gerson Macedo Guerra (relator), que lhe negou provimento e os conselheiros Luís Flávio Neto e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), que acompanharam o relator pelas conclusões. Por unanimidade de votos, acordam em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem, nos termos do voto do relator. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Cristiane Silva Costa.

16. É o relatório.

Voto

Conselheira Eva Maria Los, Relatora

17. A determinação da CSRF foi que, uma vez decidido que não ocorreu a decadência dos lançamentos fiscais relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, então as demais alegações do recurso voluntário devem ser examinadas por este colegiado.

18. Cabe destacar que a decisão da CSRF se referiu à data do fato gerador em 31/03/1999, quando, a teor do art. 173, I do CTN, se inicia a contagem do prazo decadencial do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; portanto, em 28/06/2004, não havia ocorrido a decadência; esta questão está superada e não será mais discutida por este colegiado.

19. Restou, porém, a discutir, a argumentação da Recorrente de que os passivos seriam referentes a anos-calendário precedentes.

1 Nulidade. Autos de infração.

20. Argui a nulidade do lançamento fiscal, porque os valores já teriam sido atingidos pela decadência por se tratarem de passivos de anos precedentes, e devido à inconstitucionalidade dos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, e da aplicação da taxa de juros calculada com base na taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia para títulos federais - Selic.

21. Tais alegações não se inserem na previsão da legislação de se considerar nulos os autos de infração, pois, de acordo com o art. 59, I, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, só se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração - que se insere na categoria de ato ou termo -, quando esse auto for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I), que não foi o caso.

22. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do mesmo Decreto nº 70.235, de 1972. Caso não influam na solução do litígio, também prescindirão de saneamento.

2 Passivo Fictício.

23. A autuação se refere à omissão de receita caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não foi comprovada, com fato gerador em 31/03/1999.

24. A recorrente alega que os passivos em questão se referem a fatos geradores anteriores a 31/03/1999, que foram alcançados pela decadência, argumento que norteia a contestação apresentada.

25. As presunções legais relativas caracterizam-se, por dispensarem o sujeito que tem a presunção a seu favor, do dever de provar a ocorrência do evento descrito no fato indiciado, porém lhe cabe provar o fato indiciário.

26. No caso da presunção legal por passivo fictício, a prova indiciária, a cargo do Fisco, é indicar quais montantes, mantidos no passivo, já foram quitados.

27. No presente caso, o Autuante, conforme descreveu:

Compilados os dados, informações e documentos apresentados, apuramos diferenças entre os saldos da conta Fornecedores e os totais de valores dos documentos de suporte apresentados, para todos os quatro trimestres do ano fiscalizado.

Desta feita, lavramos o Termo de Intimação c Reintimação, com ciência em 16/02/2004, que, em seu elemento 2, solicita ao contribuinte 'justificar as diferenças apuradas entre os saldos de 'fornecedores' constantes dos balanços trimestrais do ano-calendário de 1.999 (fornecidos pelo contribuinte) e os totais das duplicatas apresentadas...', no prazo de vinte dias.

As diferenças apuradas foram demonstradas no referido Termo de Intimação e Reintimação por meio de quadro demonstrativo, conforme reproduzimos abaixo:

Trimestre de 1.999	Saldo Contabilizado (balanço)	Saldo Comprovado (Dem. Comp. Passivo)	Passivo Não Comprovado
Encerrtº do 1º Trim	4.964.966,06	75.854,50	4.889.111,56
Encerrtº do 2º Trim	4.942.190,56	54.193,00	4.887.997,56
Encerrtº do 3º Trim	5.165.191,94	277.018,00	4.888.173,94
Encerrtº do 4º Trim	5.133.204,52	245.030,00	4.888.174,52

28. O Autuante relatou, ao encerrar a fiscalização em 28/06/2004:

Até a presente data, o contribuinte não justificou as diferenças acima demonstradas, nem apresentou qualquer documento adicional, permanecendo, as quantias constantes da coluna "Passivo Não Comprovado", no quadro acima, sem suporte documental.

29. O contribuinte, na impugnação e no Recurso Voluntário, apresentou, págs. 172/175, livro contábil onde os valores de passivo fictício já constariam desde o início de 1998, nos montantes da conta Fornecedores:

- a. cópia livro Razão do ano 1998, conta 21101001-4 - Fornecedores de Mercadorias, onde o saldo em 01/01/1998 consta como R\$3.501.523,35, e em 31/12/1998 consta como R\$4.888.493,39;
- b. o contribuinte não documentou nem esclareceu se seriam valores já quitados e ainda mantidos no passivo, ou se seriam valores registrados nunca existentes; e tampouco apresentou documentação suporte para tais esclarecimentos, não havendo prova documental de quando os registros se tornaram fictícios, porém, sua tese é que teriam ocorrido antes de 31/03/1999, e a omissão teria sido atingida pela decadência (não julgada pela CSRF).

30. Cite-se Acórdão que trata de questão semelhante:

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 12/04/2018

Nº Acórdão 1302-002.771

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJAno-calendário: 2001 DECADÊNCIA. PASSIVO FICTÍCIO. NÃO COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO SALDO. Nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, existem duas hipóteses quanto à contagem do prazo decadencial: i) quando o contribuinte efetua o pagamento no vencimento, o prazo para o lançamento de ofício de eventual diferença a maior, ainda devida, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador (art. 150, §4º, do CTN); ii) quando o contribuinte não efetua o pagamento no vencimento, ou haja dolo, fraude ou simulação, o prazo para o lançamento de ofício é de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador (art. 173, I, do CTN). Não havendo efetiva comprovação da composição do saldo (acumulado) de passivo fictício e não sendo pago o tributo no exercício em que o balanço foi analisado (2001), conta-se o prazo decadencial nos termos art. 173, inciso I, do CTN. (Grifou-se.)

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 26/01/2017

Nº Acórdão 1401-001.777

DECADÊNCIA. PASSIVO FICTÍCIO. BASE DE CÁLCULO. SALDO DA CONTA. OBRIGAÇÕES PROVENIENTES DE PERÍODOS JÁ DECAÍDOS. INOCORRÊNCIA. A presunção legal de omissão de receita caracterizada por passivo fictício - tanto no caso de obrigação cuja existência não foi comprovada, como no de irregular manutenção no passivo - decorre da lógica contábil de que tais procedimentos têm por objetivo impedir o

surgimento de saldo credor de caixa. Portanto, o dever de comprovar a obrigação mantida no passivo em período não decaído permanece, mesmo tendo ela sido registrada em período já decaído, sob pena de não se poder aplicar a presunção legal ao passivo de longo prazo. Preliminar indeferida. (Grifou-se.)

31. Há acórdãos do próprio CARF, no sentido de que cabe a autuação de receita omitida, presumida a partir da constatação de passivo fictício, somente em relação ao período em que o passivo foi quitado, ou em que foi registrado sem ser exigível, momento em que ocorre a omissão de receita.

32. Contudo, como já citado neste voto, também há decisões em sentido oposto:

Nº Acórdão 1401-001.586, de 05 de abril de 2016

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica- IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009.

OMISSÃO DE RECEITA. PASSIVO FICTÍCIO. PERÍODOS PRETÉRITOS. A presunção de omissão de receita com base no passivo fictício é clara quanto ao seu fato indiciário, qual seja, a "manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada". Não há nada na norma que permita inferir que a presunção remeta a omissão de receita para períodos de apuração pretéritos ao da constatação do passivo fictício.

Recurso de Ofício Provido

(...)

A DRJ entendeu que a presunção de omissão de receita com base na existência de passivo fictício deve ser consubstanciada nos períodos de apuração em que se verifica: (i) o momento em que a obrigação foi paga quando se está diante da hipótese normativa que trata da manutenção no passivo de obrigações já pagas; e (ii) o momento em que ocorreu o lançamento contábil da obrigação quando se está diante da hipótese normativa que trata da manutenção no passivo de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada.

Nada obstante, discordo dessa opinião.

Entendo que a presunção de omissão de receita com base no passivo fictício é clara quanto ao seu fato indiciário, qual seja, a "manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada". Confira-se, nesse sentido, o inciso III do artigo do 281 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99): (...)

Portanto, não há nada na norma que permita inferir, como fez a instância a quo, que a presunção remeta a omissão de receita para períodos de apuração pretéritos ao da constatação do passivo fictício. Por bem esclarecer a fundamentação desse raciocínio, peço vênica para reproduzir o trecho que trata do assunto no voto condutor do Acórdão nº 1102-001.075, de 29/04/2014, da lavra do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé:

"Tanto nas situações que a recorrente denomina de passivo "fictício" (manutenção no passivo de obrigações já pagas) quanto nas de passivo "insubsistente" (manutenção no passivo de obrigações cuja exigibilidade não seja

comprovada), a lei não fixou propriamente o momento em que o passivo em questão torna-se "fictício" ou "insubsistente", referindo-se apenas à "manutenção" no passivo de obrigações naquelas condições.

Trata-se, no caso, de uma presunção de omissão de receitas. Por óbvio o momento em que a verdadeira omissão de receitas ocorreu é desconhecido, funcionando a "manutenção" no passivo de obrigações já pagas ou não comprovadas apenas como um "marcador" que aponta para a ocorrência de uma omissão de receitas em período anterior.

De fato, nas presunções legais de omissão de receitas, a verdadeira receita auferida (e omitida) sempre se dá em momento anterior àquele que é tomado em consideração para se efetuar o lançamento.

Tome-se o exemplo de um pagamento não escriturado. Ao identificar a data em que ocorreu tal pagamento, toma-se esta data como a da ocorrência do fato gerador, por presunção. Contudo, cediço que pagamento nada tem a ver com receita, senão antes com despesa ou custo. O pressuposto da presunção é de que aquele pagamento foi efetuado com recursos mantidos à margem da escrituração. De onde provieram tais recursos? Certamente de vendas, ou de outras receitas, auferidas em período pretérito, contudo também não contabilizadas. Importante registrar que este período pretérito em que se deu a efetiva omissão de receita pode se encontrar em momento tão distante no tempo que até abrangido pela decadência se encontraria o respectivo período de apuração, contudo, a presunção legal em comento desloca o momento da ocorrência da omissão de receita para o momento da verificação da existência do pagamento não escriturado.

Da mesma forma se dá com o saldo credor de caixa. O saldo da conta caixa somente toma-se credor justamente quando os pagamentos superam os recebimentos. Mais uma vez, o momento da ocorrência do saldo credor, por óbvio, nada tem a ver, portanto, com o momento da efetiva omissão de receita, que lhe é anterior.

Assim também com o passivo "fictício" ou "insubsistente". Ainda que se tomasse, como sugere a recorrente, e ao arrepio da lei, a data do registro contábil do passivo como a referência temporal para a aplicação da presunção, isto não significa que seria naquele momento que teria ocorrido a efetiva omissão de receitas. Isto porque é cediço que a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou não comprovadas, no mais das vezes, tem por objetivo justamente impedir o surgimento de saldo credor de caixa. E assim, mais uma vez estamos tratando de omissões de receita pretéritas.

Neste sentido, portanto, enquanto "mantiver" o contribuinte um registro contábil de um passivo já pago ou não comprovado, está ele sujeito à autuação ante a constatação, pela fiscalização, desta situação, a qual, conforme acima referido, funciona como um "marcador" da existência de

omissões de receita pretéritas, ocorridas em período(s) impreciso(s)."

E. para completar esse raciocínio, vale a pena também reproduzir a ementa do Acórdão nº 1201-00.213, de 28/01/2010, da lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício. 2001

Ementa: PASSIVO FICTÍCIO - o passivo fictício é infração continuada. Não cabe afastar a autuação em razão da possibilidade de a obrigação não comprovada já ter sido fictícia em exercício anterior ao período fiscalizado. Todavia, um mesmo passivo fictício não legitima diversas autuações por persistir na escrita por mais de um período de apuração, pois seria tributar diversas vezes uma única omissão de receita.

Assim, não se pode dar guarida aos argumentos da decisão recorrida que serviram de fundamento para exonerar a maior parte das bases de cálculo utilizadas para apuração, tanto do IRPJ e da CSLL. quanto do PIS e da COFINS."

33. A transcrição supra vem ao encontro a como esta julgadora interpreta o dispositivo legal que embasa a autuação.

34. Constatado passivo, cuja exigibilidade o contribuinte não comprova (e a contabilidade faz prova a favor do contribuinte, se apoiada por documentos hábeis e idôneos) fica caracterizada a omissão.

35. O dispositivo legal não estabelece marco temporal - constatado o passivo fictício, presume-se a omissão de receitas - descabe perquirir o momento em que tal passivo foi quitado e deixou de ser exigível, ou o momento em que foi registrado sem ser real.

36. No máximo se pode se concluir que, se tal passivo restava pago há mais de 5 (cinco) anos e só agora foi constatada omissão, então, o contribuinte infrator foi beneficiado pela constituição do imposto devido sobre valor defasado da receita omitida e com menor incidência de juros de mora.

37. Tampouco procede argumento que alguns apresentam de que, se fiscalizado o contribuinte em períodos sucessivos, seria objeto de reiteradas autuações relativas ao mesmo passivo fictício; ora, não seria difícil ao autuado provar a duplicidade ou multiplicidade das autuações, cancelando as demais e mantendo uma delas.

3 Multa de ofício de 75%.

38. Reclama da multa de ofício de 75%, que classifica como indevida

39. O dispositivo que regula a multa de ofício aplicada, conforme indicado no auto de infração, foi o art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I -de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

40. Portanto, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual de 75% o legalmente previsto para o lançamento de ofício, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

41. Desse modo, deve-se considerar correta a aplicação da multa de lançamento de ofício ao percentual de 75%, definido em lei, sobre o valor de impostos e contribuições não recolhidos.

4 Juros de Mora. Taxa Selic.

42. Quanto aos percentuais de juros com base na taxa Selic, o Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 161, § 1o, abaixo transcrito, permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em valor superior a 1% ao mês:

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

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

43. A lei dispôs de modo diverso, ao prever, no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, a seguinte disposição:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

44. Assim, os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sujeitam-se, a partir de 1º de janeiro de 1997, a juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia para títulos federais - Selic, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% no mês de pagamento. Dessa forma, a taxa referencial Selic para títulos federais, por refletir o custo de rolagem da dívida interna pelo Tesouro Nacional, foi escolhida pelo legislador para o cálculo dos juros moratórios decorrentes da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação tributária, a partir de 01/01/1997.

45. Nestes termos, o lançamento seguiu estritamente o que determina a legislação em vigor, devendo a autoridade lançadora, por dever de ofício, agir na forma que dispõe a legislação tributária, sob pena de, em não assim procedendo, sofrer responsabilização funcional.

46. A validade da aplicação da taxa Selic é entendimento pacífico na jurisprudência do CARF, conforme a seguir:

Súmula CARF 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.

4.1.1 Inconstitucionalidade. Ilegalidade.

47. E quanto às acusações de inconstitucionalidade e ilegalidade de legislação deve-se esclarecer que, sendo aos Conselheiros do CARF, não compete apreciar a conformidade de lei, validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, com preceitos emanados da própria Constituição Federal ou mesmo de outras leis, a ponto de declarar-lhe a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

5 Conclusão

Voto por NEGAR provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los