



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

Processo n° 19515.002960/2004-74
Recurso n° 162.640 Voluntário
Acórdão n° 1402- 00.019 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2009
Matéria SIMPLES - Ex.: 2000
Recorrente GIANT TRANSPORTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999

Ementa: MPF. IRREGULARIDADE. INOCORRÊNCIA.

Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

Descabe falar em cerceamento do direito de defesa quando demonstrado que o sujeito passivo recebeu cópia de todos os documentos que embasaram a apuração da exigência.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

Ementa: DECADÊNCIA. PRAZO.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e do PIS, extingue-se em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Essa regra aplica-se também à CSLL e à Cofins por força da Súmula nº 8 do STF.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

Ementa: DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem

dos recursos utilizados nessas operações, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora 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. (Súmula 1º CC nº 4).

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

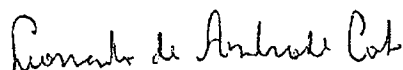
Ano-calendário: 1999

Ementa: CSLL, PIS, COFINS.

Aplicam-se aos lançamentos tidos como decorrentes o resultado do julgamento referente ao tributo principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, rejeitar as preliminares de nulidade, acolher a arguição de decadência para os meses de janeiro a novembro de 1999, inclusive; e: no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado



LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente e Relator

EDITADO EM: 31 AGO 2009

Participaram da presente sessão os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Carlos Pelá, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida que abaixo transcrevo:

Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto ao contribuinte acima e, diante de irregularidades apuradas, foram lavrados 05 (cinco) Autos de Infração, através dos quais foram exigidos os seguintes créditos tributários, a título de:

01.01. **IRPJ (Simples)** ⇒ R\$ 36.897,35 (trinta e seis mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos) – (fls. 122);

01.02. **PIS (Simples)** ⇒ R\$ 36.897,35 (trinta e seis mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos) – (fls. 129);

01.03. **CSLL (Simples)** ⇒ R\$ 61.758,26 (sessenta e um mil, setecentos e cinqüenta e oito reais e vinte e seis centavos) – (fls. 137);

01.04. **COFINS (Simples)** ⇒ R\$ 123.516,69 (cento e vinte e três mil, quinhentos e dezesseis reais e sessenta e nove centavos) – (fls. 144), e;

01.05. **INSS (Simples)** ⇒ R\$ 239.366,31 (duzentos e trinta e nove mil, trezentos e sessenta e seis reais e trinta e um centavos) – (fls. 151).

02. Compõem tais exigências, as parcelas relativas ao imposto/contribuições, à multa de ofício e aos juros de mora (estes calculados até 29/10/2004). Os créditos tributários consolidados totalizam a importância de R\$ 498.435,96 (quatrocentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos), conforme detalhado às fls. 05.

03. As irregularidades que motivaram tais lançamentos, encontram-se devidamente descritas no “Termo de Verificação Fiscal” (fls. 101/103), e consistiram em, *verbis*:

“....., em cumprimento as determinações contidas no MPF acima referido, CONSTATAMOS as irregularidades abaixo discriminadas, as quais determinam a constituição de crédito tributário, através do competente Auto de Infração, a saber:

A empresa em tela tem por objeto:

agenciamento nacional e internacional de cargas aérea e marítima;

comissária aduaneira e

prestação de serviços de courier nacional e internacional, na importação e exportação para remessas de documentos, amostras e pequenas encomendas, de acordo com a Instrução Normativa n. 21/94;

No ano calendário de 1999 entregou a Declaração de Imposto de Renda como pessoa jurídica enquadrada no Simples.

Em 06/05/2004, 20/05/2004 e 22/06/2004 foram elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal – MJ os LAUDOS DE EXAME ECONÔMICO-FINANCEIRO de números 1165/04, 1289/04 e 1613/04 respectivamente, que deram origem a Representação Fiscal nº 333/04 a qual registra Operações de Movimentação de Divisas efetuadas pela GIANT TRANSPORTES NA CIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA, onde a fiscalizada se apresenta nas situações de ordenante e remetente de divisas para o exterior.

Em 05/10/04 através do Termo de Início de Fiscalização intimamos a fiscalizada a apresentar ao autor deste procedimento fiscal a comprovação da origem e a contabilização nos Livros Fiscais, relativos às referidas operações.

Em resposta a Intimação referenciada no parágrafo anterior a intimada em correspondência datada de 22/10/04 alegou em síntese não possuir tal documentação, nem tampouco o registro contábil de tais operações, uma vez que as desconhece por completo e nunca as realizou.

Diante do exposto no parágrafo acima, Reintimamos a fiscalizada em 12/11/2004, reiterando a Intimação lavrada em 22/10/2004, e visando fornecer a maiores subsídios relativos as referidas operações juntamos a citada reintimação, cópias reprográficas do Laudos de Exame Econômico-Financeiro nº 1165/04, 1289/04 e 1613/04 do MJ - Departamento de Polícia Federal - Instituto Nacional de Criminalística, bem como da Relação detalhada das operações contidas na Representação Fiscal de nº 333/04. Mesmo assim, a fiscalizada na carta resposta datada de

A

19/11/2004 manteve a alegação de não possuir tal documentação, nem tampouco o registro contábil de tais operações, por desconhecer-las por completo e nunca tê-las realizado.

De acordo com o exposto, verificamos haver o contribuinte infringido o disposto no artigo 528 e 199, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 26/03/199:

Art. 528 – “Verificada a omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente observado o disposto no art. 519 (Lei n. 9.249 de 1995, art. 24).

Art. 199 – “Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições referidos na Lei n. 9317, de 1996, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. (Lei 9317 de 1996, art. 18).

Tendo em vista que o contribuinte em tela não comprovou a origem nem a contabilização dos valores constantes dos referidos laudos policiais e das intimações lavradas em 05/10/04 e 12/11/04 cujo crédito tributário decorrente, será exigido através do competente auto de Infração.

Visando a constituição do crédito tributário devido convertemos os valores das operações constantes da Representação Fiscal nº 333/04 em dólar (US\$) para real (R\$) conforme demonstrativo anexo, que passa a fazer parte integrante do presente Termo de Verificação Fiscal.

O trabalho da presente fiscalização foi efetuado com base nos dados constantes dos Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 1165/04, 1289/04 e 1613/04 do MJ - Departamento de Polícia Federal – Instituto Nacional de Criminalística, acompanhado da Relação detalhada das operações contidas na Representação Fiscal de nº 333/04.

Fica resguardado o direito da Fazenda Nacional, a qualquer tempo, de proceder a novos exames no ano calendário, ora encerrado, bem como nos demais anos calendários não abrangidos pelo prazo decadencial, relativamente a este tributos ou outros de sua competência.

E para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo em (03) três vias de igual teor e forma.....”

03.01. Às fls. 104/105, capeadas que foram pelo reproduzido “Termo de Verificação Fiscal”, tem-se o denominado “Demonstrativo Mensal das Operações Constantes da Representação Fiscal N. 333/04 em Reais (R\$)”.

04. Uma segunda irregularidade é apontada, ainda, em cada uma das “folha de continuação do AUTO DE INFRAÇÃO” (fls. 124, 131, 139, 146 e 153), consistente na “insuficiência de recolhimentos” em relação a cada uma das contribuições/imposto. Os detalhamentos de tais valores encontram-se às fls. 108/112, no denominado “Demonstrativo de Apuração dos Valores não Recolhidos”.

05. Pela prática das citadas irregularidades, foram dados por infringidos os seguintes dispositivos legais:

05.01. IRPJ (Simples) ⇒ arts. 226 e 229 do RIR/1994; art. 24 da Lei nº 9.249/1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea ‘a’, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/1996; art. 42 da Lei nº 9.430/1996; art. 3º da Lei nº 9.732/1998; arts. 186, 188 e 199, do RIR/1999; art. 5º da Lei nº 9.317/1996 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/1998 (fls. 124);

05.02. PIS (Simples) ⇒ art. 3º, alínea ‘b’ da LC nº 07/1970, c/c art. 1º, parágrafo único, da LC nº 17/1973 e arts. 2º, inciso I, 3º e 9º, da MP nº 1249/1995 e suas reedições; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea ‘b’, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9317/1996; art. 3º, da Lei nº 9732/1998 (fls. 131);

05.03. CSLL (Simples) ⇒ art. 1º da Lei nº 7689/1988; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea ‘c’, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9317/1996; art. 3º, da Lei nº 9732/1998 (fls. 139);

05.04. **COFINS (Simples)** ⇒ arts. 1º e 2º, da LC nº 70/1991; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'd', 5º, 7º, § 1º e 18, da Lei nº 9317/1996; art. 3º, da Lei nº 9732/1998 (fls. 146), e;

05.05. **INSS (Simples)** ⇒ Arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'f', 5º, 7º, § 1º e 18, da Lei nº 9317/1996; art. 3º, da Lei nº 9732/1998 (fls. 153).

06. O contribuinte tomou conhecimento de tais exigências em 03/12/2004 e, com as mesmas não se conformando, impugnou-as (através de seus sócios) em 28/12/2004 (fls. 156/204), alegando, em síntese, que:

06.01. a autuação se deu, em razão de alegada omissão de receitas, no ano de 1999, decorrente de movimentações financeiras relacionadas a remessas de divisas para o exterior, onde lhe são imputadas as figuras de ordenante ou remetente;

06.01.01. foi, a Impugnante, intimada em 05/10/04, em decorrência de MPF, a, dentre outras, comprovar a origem de movimentação financeira em conta localizada no banco JP Morgan Chase New York - EUA. Atendeu tal determinação, de forma a restar esclarecido que não realizou qualquer movimentação da mencionada conta bancária, tendo apurado seus tributos federais, em 1999, de maneira regular; aduziu, ainda, a irregularidade do MPF que embasava os trabalhos fiscais, que não mencionava qual o tributo a ser fiscalizado, bem como, requereu, que fossem-lhe concedidas informações que originaram citado MPF, assim como permitissem-lhe consulta ao eventual processo administrativo correlato;

06.01.02. a irregularidade apontada, no citado MPF, foi sanada com a entrega do MPF de fiscalização, no qual trazia o IRPJ como o tributo objeto da ação fiscal. Reintimação, no mesmo sentido que a anterior, mas instruída com cópia de laudos econômico-financeiros e de relação/transcrição das operações em que aparece como beneficiária, constantes de representação fiscal de nº 333/04, foi-lhe entregue;

06.01.02.01. a interessada providenciou resposta de semelhante teor, informando desconhecer as mencionadas movimentações financeiras, tendo solicitado fosse-lhe permitida vista na representação fiscal que determinou a expedição do MPF, assim como dos documentos a ela relacionados. *Entretanto, em inobservância dos preceitos da Lei nº 9.784/99, não foi à Impugnante possibilitada a consulta então requerida, sendo lavrado auto de infração correspondente a lançamento de crédito tributário.....totalizando o valor de 498.435,96 (quatrocentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos).;*

06.01.03. entretanto, o auto de infração está eivado de vários vícios que implicam em sua nulidade, como será demonstrado, preliminarmente, pela ausência de observância do correto procedimento da fiscalização e da ocorrência de cerceamento do direito de defesa e, quanto ao mérito, pela ocorrência da decadência e da ausência do crédito tributário em voga, assim como da ilegalidade e da inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic sobre o alegado crédito tributário.

Preliminarmente

06.02. **Da inobservância dos corretos procedimentos de fiscalização:** quando da entrega, em 05/10/2004, do MPF este não mencionava qual o tributo seria objeto de fiscalização; em 27/10/2004, ao receber novo MPF, a Impugnante tomou ciência de que o tributo a ser fiscalizado seria o IRPJ, conforme determinava a Portaria SRF nº 3007/2001, com a nova redação que foi-lhe dada pela Portaria nº 1468/2003;



06.02.01. em que pese o MPF haver se limitado à apuração do IRPJ, quando da lavratura do auto de infração, restaram créditos tributários da COFINS, PIS, CSSL e das demais contribuições arrecadadas pelo INSS. Verifica-se assim que o procedimento fiscal, inicialmente programado, foi indevidamente estendido, desrespeitando norma emitida pelo próprio Secretário da Receita Federal. *Ora, se existe expressa determinação para menção do tributo relacionado à fiscalização, esta deve ser obedecida pelos agentes fiscais, sob pena de nulidade do lançamento do crédito tributário correlato.;*

06.02.01. sobre a relevância do MPF, o Primeiro Conselho de Contribuintes já se manifestou, conforme ementa do acórdão de nº 101-94060, relativo ao recurso de nº 129.030. E, somente quando da lavratura do auto de infração, é que a autuante entregou à Impugnante MPF Complementar, dando conta que a fiscalização envolveria mencionadas contribuições; como podem ocorrer na mesma data, as notificações do auto de infração e da própria fiscalização de contribuições, cujo crédito foi objeto de lançamento em tal autuação? *Não há sequer tempo hábil para que seja de forma adequada realizada a apuração fiscal das contribuições em voga.;*

06.02.01.01. conclui-se, portanto, por imperioso, que o presente auto de infração seja anulado, considerando a prerrogativa da Administração em fazê-lo, conforme excerto de obra de LUCIA VALLE FIGUEIREDO, assim como a teor da Súmula 473 do STF. Restando, portanto, configurado vício formal no procedimento de fiscalização adotado, deve ser declarado nulo o auto de infração.

06.03. **Do cerceamento do direito de ampla defesa:** do modo como realizada, a autuação concorre para que seja dificultada a defesa da Impugnante, em razão da ausência de apresentação dos documentos que deram ensejo à apuração fiscal; isto em razão de que a Impugnante, quando se manifestou no decorrer da ação fiscal, requereu os documentos que a ensejaram, os quais aparentemente encontravam-se na Representação Fiscal nº 333/2004, *tais como os comprovantes nos quais a Impugnante figura como Ordenante ou Remetente das movimentações financeiras as quais é imputada como beneficiária, bem como a autorização judicial da quebra do sigilo bancário correlato.;*

06.03.01. isto porque o art. 3º, II, da Lei nº 9784/99, assegura-lhe a garantia de consulta a processos administrativos nos quais seja interessada e a sua negativa concorre para que seja cerceado o seu direito de defesa, assegurado que é pelo art. 5º, LV da CF/1988, que não pode, não deve e nem tampouco permite violação;

06.03.01.01. como poderia, então, a Impugnante averiguar a origem da receita cuja movimentação a ela é relacionada como ordenante ou remetente, sem que lhe seja permitida consulta aos documentos que atestam tais condições? Tornar-se-ia necessária tanto a descrição da infração ou violação cometida, como a disponibilização para consulta dos documentos envolvidos no lançamento. *Verifica-se, portanto, que o modo pelo qual o auto de infração ora guerreado foi elaborado dificulta a elaboração da presente impugnação, de maneira que resta cerceado o direito de ampla defesa garantido pela Constituição Federal.*

Do mérito

06.04. O crédito tributário corresponde aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro e dezembro de 1999, sendo que o auto de infração foi lavrado em 30/11/2004. Desta forma, dos fatos geradores ocorridos até novembro de 1999, o crédito tributário correlato encontra-se extinto, por força da ocorrência da decadência;



06.04.01. conforme previsto pelo art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN), o prazo para que a Administração efetuasse o lançamento em pauta é de cinco anos. Por sua vez, os tributos envolvidos caracterizam-se pela homologação da apuração e do recolhimento efetuado pela Impugnante, nos termos do art. 150, § 4º, daquele mesmo CTN. *Transcorrido o prazo de cinco anos sem que fosse efetuado lançamento de crédito tributário à época não recolhido, caracteriza-se assim a ocorrência da decadência.*;

06.04.02. em 1999, a Impugnante era optante do Simples, de maneira que o fato gerador ocorria mensalmente, com a apuração da receita passível de incidência da alíquota única e centralizada para as exações envolvidas na presente autuação. Assim, o lançamento poderia ter se realizado desde a ocorrência das movimentações financeiras, imputadas à Impugnante como beneficiária. *Portanto, o prazo decadencial extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos contados da ocorrência de cada movimentação.* Também em relação às contribuições exigidas (PIS, COFINS, CSLL e ao INSS) o prazo decadencial é de cinco anos, não sendo aplicável aquele previsto pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91;

06.04.02.01. isto em razão de que o prazo decenal é fixado por lei ordinária, que não pode ser utilizada para regulamentação de tal matéria, visto ser a mesma objeto de Lei Complementar, conforme previsto pelo art. 146, III, da CF/1988, categoria esta em que se insere o CTN. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência administrativa, como se verifica pelas ementas de acórdãos reproduzidas, de responsabilidade de várias das Câmaras do 1º Conselho de Contribuintes, como da Câmara Superior de Recursos Fiscais;

06.04.02.01.01. em tais decisões, o que se vê é que houve por bem ser considerado como termo inicial da decadência, a data da ocorrência do fato gerador que, no caso, correspondente a data da movimentação financeira na qual a Impugnante seria a suposta beneficiária; restou, ainda, o posicionamento da aplicação do prazo estabelecido no CTN, ao invés daquele previsto pelo art. 45, da Lei nº 8.212/91;

06.04.02.02. *Diante do exposto, é de se constatar que o crédito ora exigido, correspondente às alegadas movimentações financeiras realizadas até o período de apuração de novembro de 1999, encontra-se extinto por força da respectiva decadência.*

Da irretroatividade da lei aplicada

06.05. Embora acusada, não foi demonstrado que a Impugnante teria operado como Ordenante ou Remetente de remessas de divisas ao exterior, visto que os laudos apresentados durante a ação fiscal não fazem referência à sua razão social, daí porque haver requerido a disponibilização dos documentos que instruem a Representação Fiscal de nº 333/04. Certo é que a alegada omissão de receitas não decorre de valores creditados em conta bancária da qual a Impugnante seja titular;

06.05.01. é de se ver, então, o que determina o art. 42 da Lei nº 9.430/96, cujos §§ 5º e 6º foram introduzidos pela Lei nº 10.637/2002, que reproduz. À época dos fatos vigorava o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que considerava como omissão de receita *os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida 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.*;

De

06.05.02. ocorre que a Impugnante não efetuou tais movimentações financeiras, assim como não era titular da mencionada conta bancária, daí porque não se aplica a hipótese de omissão de receita à época prevista. Já o § 5º (incluído pela Lei nº 10.637/2002), do mencionado art. 42, determina que, quando provado que o valor creditado pertença a terceiro, é contra este que deve se voltar a exigência; mas isto, somente a partir da vigência desta norma, publicada que foi em 31/12/2002. *Considerando ser o fato gerador das exações em voga as movimentações financeiras realizadas supostamente em favor da Impugnante, não há como serem a estas aplicada lei editada posteriormente.* É o que determina o art. 105 do CTN, assim como doutrina que reproduz;

06.05.02.01. conclui, por dizer que *não há como se considerar omissão de receita movimentações financeiras realizadas no ano de 1999 em conta bancária que não seja a Impugnante titular, e as quais lhe são imputadas a condição de beneficiária como remetente ou ordenante, tendo por fundamento disposição normativa que somente passou a vigorar para as movimentações financeiras desta natureza realizadas a partir de 31/12/2002.*

Da impossibilidade de imputação de omissão de receita com base em movimentações financeiras

06.06. Embora considerada como beneficiária, na condição de Ordenante ou Remetente, de movimentações financeiras em conta bancária de que não é titular, estas não podem ser consideradas como omissão de receitas, em razão de não representar acréscimo patrimonial ou lucro, *nem tão pouco faturamento, não tendo o Sr. Auditor Fiscal demonstrado através da análise da documentação contábil e fiscal relacionada à Impugnante o ingresso da receita correlata.* É o que diz o art. 17 da Lei nº 9.317/96, que reproduz, assim como a Súmula 182 do Ex-TFR, além do art. 9º do Decreto-lei nº 2.471/88, ao disciplinar que a movimentação financeira em conta bancária, traduzida pela análise de extratos e depósitos, não deve ser considerada para efeitos de apuração fiscal. Traz, ainda, jurisprudência administrativa a embasar suas alegações, concluindo por dizer indevidas as exigências assim fundamentadas.

Da inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa SELIC

06.07. A utilização da taxa SELIC, para correção dos valores exigidos, é inconstitucional e ilegal, conforme já decidiu o STF na ADIN 493-DF, ao considerar que (no caso, a Taxa Referencial-TR) não poderia prevalecer como índice de correção monetária, visto se tratar de variação do custo primário da capitalização dos depósitos a prazo fixo, e não índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Foi o que disse, por igual, o STJ, ao apreciar os Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 64.172/SP;

06.07.01. a aplicação de índice superior a 1% ao mês constitui afronta ao disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que determina que os juros seriam calculados em percentual não superior a 12% ao ano; ao ser ultrapassado tal percentual, incorrerá no crime de usura, independentemente de quem o aplique;

06.07.01.01. tal índice, por igual, é determinado pelo art. 161, § 1º do CTN, com a característica de moratórios, pelo descumprimento de obrigação fiscal; a taxa SELIC, ao contrário, tem natureza remuneratória/compensatória do capital;

06.07.01.02. e a aplicação de tal índice inviabiliza, ao contribuinte, a execução de planejamento de longo prazo, na eventualidade de vir a quitar a exigência, pois não tem como certo o exato montante da dívida. Ainda que prevista



em lei, viola o princípio da legalidade, visto que sua oscilação depende do mercado financeiro. Afronta, ainda, o princípio do não confisco, em razão de que, ao ser aplicada, faz como que o débito seja acrescido de forma exagerada. Dessa forma, carece de legalidade e constitucionalidade.

06.08. Face o exposto, requer (i) a nulidade dos lançamentos, face a inobservância da correta emissão do Mandado de Procedimento Fiscal, bem como (ii), preliminarmente, seja-lhe concedida consulta aos documentos existentes na Representação Fiscal nº 333/04, além de (iii) seja julgado improcedente o lançamento.

07. Diante das alegações perpetradas pela impugnante, no tocante a ter tido seu direito de defesa cerceado, em razão de não lhe ter sido levado a conhecimento o teor dos elementos que embasaram (Representação Fiscal nº 333/2004) os trabalhos fiscais, quando de sua efetivação, entendeu esta Relatoria retornar o presente à Autuante, de forma a esclarecer tais alegações;

07.01. após historiar (fls. 220/225) – de maneira sintética – o trazido, tanto pela peça acusatória como pela defesa apresentada (no que tange ao tema *cerceamento do direito de defesa* alegado), assim, sobre o assunto, foi questionada a Autuada, *verbis* (fls. 224):

“(.....)”

07. Após todo o acima relatado, restaram-nos algumas dúvidas que serão a seguir colocadas e que, em nosso entender, uma vez esclarecidas, permitiriam sanear o presente processo. São elas:

07.01. quando da lavratura do “Termo de Reintimação Fiscal” (fls. 23/25), foram, efetivamente, entregues ao contribuinte, em cópias reprográficas, tanto a Representação Fiscal de nº 333/04 (fls. 32), assim como todos os elementos que a instruem (Laudos Econômico-Financeiros citados), e mais especificamente as relações denominadas “Operações da Representação Fiscal nº.....” (fls. 33/46), onde detalhadas aquelas em que a interessada surge nas condições de “Ordenante” e/ou “Remetente”, conforme assevera o “Termo de Verificação Fiscal”, às fls. 102?

07.02. em caso negativo, não seria o caso de que tais elementos (caso algum deles não o tenha sido) fossem levados a conhecimento do contribuinte, permitindo-lhe, com tal procedimento, manifestação sobre o teor dos mesmos, obedecendo ao prazo previsto pelo art. 44 da Lei nº 9.784/1999, superando, dessa forma, as alegações trazidas pela Impugnação, no sentido de que seu direito de defesa teria sido cerceado?

“(.....)”

07.02. Em atendimento ao acima solicitado, “Relatório Fiscal” de fls. 227, de lavra da AFRF Autuante, nos dá conta do seguinte, *verbis*:

“Em atendimento à solicitação contida às fls. 224 e 225 do processo n. 19515.002960/2004-74, informamos que quando da lavratura do “Termo de Reintimação Fiscal (fls 23/25), foram, efetivamente, entregues ao contribuinte em cópias reprográficas, tanto a Representação Fiscal de n. 333/04 (fls 32), assim como todos os elementos que a instruem (Laudos Econômicos Financeiros-fls 47/88) e mais especificamente as relações denominadas “Operações da Representação Fiscal n....” (fls 33 a 46) onde detalhadas aquelas em que a interessada surge nas condições de “Ordenante” ou “Remetente”, conforme assevera o “Termo de Verificação” às fls. 102.



Portanto não há que se falar em cerceamento de defesa ou levar novamente tais elementos ao conhecimento do contribuinte porque este já os conhece desde 12/11/2004, data esta da lavratura do Termo de Reintimação Fiscal.

(.....)”.

08. De se informar, ainda que, apenso ao presente, encontra-se o processo de nº 19515.003424/2004-96, em nome, por igual, da interessada, relativo a “Representação Fiscal Para Fins de Exclusão do Simples”;

08.01. e a exclusão do referido Sistema se deu através do Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO, nº 01, de 23 de março de 2005 (fls. 59), levado a conhecimento do contribuinte em 04/04/2005 (fls. 60-v); a interessada, mediante Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS – protocolizada em 03/05/2005 (fls 61/87), insurgiu-se contra mencionado Ato, ali expondo os motivos que a levaram a tal;

08.01.01. diante da inconformidade apresentada pela interessada, diante de tal exclusão, a Eqcob/Dicat/Derat/SPO proferiu Despacho (fls. 87) nos seguintes termos, *verbis*:

“Trata-se de representação administrativa destinada a denunciar a situação impeditiva à opção pelo Simples, no caso, o excesso de receita bruta para determinado exercício.

Editado o Ato Declaratório de exclusão, a interessada apresentou tempestivamente a manifestação que juntei às fls. 159/183. (vide correção, às fls. 89)

Considerando que a defesa apresentada tem como base a alegação de que o valor apurado pela fiscalização está incorreto e, conseqüentemente, não constitui impedimento à opção pelo Simples, a análise da Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples – SRS depende necessariamente da análise da defesa apresentada no auto de infração correspondente.

Se for mantido o lançamento, a SRS será improcedente, e, se não, a SRS poderá ser procedente, dependendo do valor exonerado.

Assim, proponho o encaminhamento deste processo ao Secoj/DRJ-I-SPO, para que seja juntado ao processo do auto de infração correspondente – o de nº 19515.002.960/2004-74.

(.....)” (grifos meus).

A Delegacia de Julgamento prolatou o Acórdão DRJ/SPOI nº 8.733/2006 (fls. 231/258) considerando o lançamento integralmente procedente em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Data do fato gerador: 31/01/1999, 28/02/1999, 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999, 30/09/1999, 31/10/1999, 30/11/1999, 31/12/1999

Ementa: PRELIMINAR. MANDATO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). MANDATO DE PROCEDIMENTO FISCAL COMPLEMENTAR (MPF-C). INÍCIO DO PROCEDIMENTO

Re

FISCAL. Até porque os procedimentos fiscais têm início, como no caso presente, com o primeiro ato de ofício escrito, praticado por servidor competente e, dele tendo sido cientificado o contribuinte, a simples inversão de datas das ciências, dadas em MPF e MPF-C, não acarreta a ocorrência de vício formal. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Tendo sido levados a conhecimento do contribuinte, por cópias fornecidas, os mesmos elementos em que se basearam os trabalhos fiscais, não é de se alegar a ocorrência de cerceamento do direito de defesa. Preliminar rejeitada.

MÉRITO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. O termo inicial, para fins de contagem do prazo decadencial, no caso do IRPJ, é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a mando do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Quanto às contribuições sociais, é, tal prazo, de dez anos contados da ocorrência do fato gerador.

MÉRITO. IRRETROATIVIDADE DA LEI APLICADA. INOCORRÊNCIA. Ainda que o lançamento deva se reportar à data da ocorrência do fato gerador, nada, entretanto, obsta que legislação posterior àquela venha a instituir novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e, com isso, venham a ser ampliados os poderes de investigação do fisco; e tudo na forma do art. 144 do Código Tributário Nacional.

MÉRITO. OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. O Decreto-lei nº 2.471/1988 determinou o cancelamento e conseqüente arquivamento de processos e débitos fundados, exclusivamente, em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários, à época de sua edição existentes. Não criou, entretanto, óbices à constituição futura de créditos tributários, ainda que baseados em tais elementos, a qual foi regulada pela Lei nº 9.430/1996.

MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE E/OU ILEGALIDADE. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Descabe às instâncias administrativas a apreciação de alegada inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de Leis e/ou dispositivos legais, tarefa esta afeta, de maneira exclusiva e por determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

OMISSÃO DE RECEITAS. NÃO COMPROVAÇÃO. Correta a exigência, quando o contribuinte, regularmente intimado a fazê-lo, não comprova, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, movimentação financeira em seu nome.

PROCESSOS REFLEXOS. PIS. CSLL. COFINS. INSS. SIMPLES. Por decorrerem dos mesmos motivos de fato e de direito, que levaram à exigência relativa ao IRPJ (Simples), igual destino deverão ter seus reflexos.



Devidamente cientificada (fl. 271), a interessada recorre a este Colegiado (fls. 282/317, com documentos de fls. 318/362) ratificando as razões expeditas na peça impugnatória.

Preliminarmente os autos foram encaminhados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes que emitiu o Acórdão nº 301-33.756 (fls. 363/366) declinando a competência para o então Primeiro Conselho.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro - LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Relator

Em caráter preliminar, a recorrente sustenta a existência de irregularidades no procedimento fiscal pois o MPF faz menção apenas ao IRPJ e a Fiscalização foi indevidamente estendida para CSLL, PIS e Cofins.

Não existe a irregularidade arguida. O art. 9º da Portaria SRF nº 3007/2001 deixa claro que o MPF abrange os demais tributos cuja apuração tenha como base os mesmos fatos que implicaram na exigência do tributo nele mencionado:

Art. 9º Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

Ainda em questão preliminar, a recorrente alega o cerceamento do direito de defesa, pois não teve acesso aos documentos referentes às operações nas quais figuraria como ordenante ou remetente.

Também aqui, a reclamação não merece guarida. A Representação Fiscal nº 333/04 (fls. 33/46) identifica detalhadamente as operações em questão, o que permitiria ao sujeito passivo exercer plenamente seu direito de defesa.

Em relação à arguição de decadência, pauto minha linha de raciocínio no sentido de que esse prazo foi definido como regra geral no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN):

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;

(.....)



Por outro lado, dentre as modalidades de lançamento definidas pelo CTN, o art. 150 trata do lançamento por homologação. Nesse caso, o § 4º do dispositivo estabeleceu regra específica para a decadência:

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.

No que se refere às contribuições sociais sua natureza tributária coloca-as, no gênero, como espécies sujeitas ao lançamento por homologação. Aplicam-se a elas, portanto, as disposições do art. 150 do Código Tributário Nacional. O já mencionado § 4º do mencionado artigo autoriza que a lei estabeleça prazo diverso dos cinco anos ali determinados.

Foi assim que a Lei nº 8.212, de 26 de julho de 1991, regulamentando a Seguridade Social, tratou do prazo decadencial das contribuições sociais da seguinte forma:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada." (grifo nosso)

A mencionada lei determina expressamente quais as contribuições sociais, a cargo da empresa, que tenham base no lucro e no faturamento:

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22 são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982,

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990.

(.....).

O Decreto-Lei nº 1.940/82 regulamenta o Finsocial. Posteriormente, a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 criou a Cofins e determinou que essa contribuição seria cobrada em substituição àquela. Assim dispõe o art. 9º da LC:

Art. 9º A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixará de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuição ora instituída. (grifo nosso).

Vê-se, portanto, que sob a ótica da Lei 8.212/91 a contribuição para a Seguridade Social calculada sobre o faturamento é o Finsocial, posteriormente substituído pela Cofins e a contribuição calculada sobre o lucro é a CSLL. Não há menção ao PIS.

É certo que o CTN concedeu à lei ordinária a possibilidade de estabelecer prazo decadencial diferente daquele originariamente previsto no § 4º do art. 150 daquele diploma legal. No entanto, não se pode perder de vista que se trata de uma excepcionalidade.

Sob essa ótica, constatando-se que a Lei nº 8.212/91 em nenhum de seus dispositivos trata do PIS, considerar-se que o prazo decadencial previsto no art. 45 daquela norma aplicar-se-ia a essa contribuição seria um abuso interpretativo à concessão feita pelo CTN.

O tema do prazo decadencial tem grande importância na relação fisco-contribuinte, inclusive pelo impacto no princípio da segurança jurídica. Sendo assim, o tratamento da matéria é prerrogativa da norma positivada. Não havendo disposição expressa no texto legal, não se pode definir o prazo decadencial com base em interpretação do alcance da lei.

Entendo, destarte, que ao prazo decadencial do PIS deve ser aplicada a regra geral quinquenal estabelecida no § 4º do art. 150 do CTN.

Por outro lado, a Cofins e a CSLL estão elencadas entre as contribuições submetidas às regras da Lei nº 8.212/91, incluindo aí o prazo decadencial definido no art. 45 desse diploma legal. Entretanto, com a recente edição da Súmula Vinculante nº 8 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o mencionado dispositivo legal. Assim, a CSLL e a Cofins submetem-se ao prazo decadencial nas mesmas regras que os demais tributos sujeitos ao lançamento por homologação:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A ciência da autuação deu-se em 03/12/2004, implicando na caducidade dos fatos geradores ocorridos até 03/12/1999. Tratando-se de períodos de apuração mensal, foram atingidos pela decadência os fatos geradores até 30/11/1999, inclusive.

Portanto, resta apenas a exigência concernente ao fato gerador ocorrido em 31/12/1999.



No mérito, a questão da titularidade dos valores creditados não foi suscitada no procedimento fiscal, até porque ficou claro o entendimento da autoridade lançadora no sentido de que essa titularidade pertenceria à recorrente. Tanto é assim que os parágrafos 5º e 6º, do art. 42, da Lei nº 9.430/96, sequer foram mencionados no enquadramento legal.

A legitimidade de imputação de omissão de receita com base na movimentação financeira está consolidada pelo advento do art. 42, da Lei nº 9.430/96 que estabeleceu essa presunção legal quando o sujeito passivo, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos utilizados para execução dos depósitos bancários.

As manifestações trazidas pelo sujeito passivo quanto ao tema, referem-se ao posicionamento anterior à edição do mencionado dispositivo. Tanto é assim que a decisão cuja ementa foi transcrita às fl. 309 (recurso 134.847, Acórdão 102-46231) foi reformada na CSRF nos seguintes termos (CSRF/04-00259, sessão de 12/06/2006):

*DEPÓSITO BANCÁRIO – OMISSÃO DE RENDIMENTOS -
Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em
conta bancária mantida junto a instituição financeira quando o
contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante
documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados
nessas operações, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996*

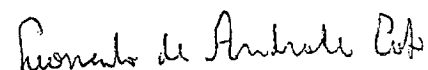
Em relação à utilização da taxa SELIC como indexador dos juros de mora, o tema já foi consolidado na jurisprudência deste Colegiado com a edição da Súmula 1º CC nº 4, de Enunciado nos seguintes termos:

*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.*

De todo o exposto, meu voto é no sentido de DAR provimento parcial ao recurso para acolher a arguição de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 30/11/1999, inclusive, o que abrange os demais tributos lançados.

Deve ser mantida a exigência, para todos os tributos, referente ao fato gerador ocorrido em 31/12/1999.

Sala das Sessões - DF, em 28 de julho de 2009



LEONARDO DE ANDRADE COUTO