

Processo nº : 10280.004365/94-76
Recurso nº : 113.583
Matéria : IRPJ E OUTROS -EXS: 1991, 1992 E ANO-CALENDÁRIO DE 1992
Recorrente : CONSPEL - CONSTRUTORA PETROLA LTDA.
Recorrida : DRJ EM BELÉM/PA
Sessão de : 11 DE NOVEMBRO DE 1997
Acórdão nº : 103-19.011 RP/J03 .0.181

IRPJ - ARBITRAMENTO DE LUCROS - A falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais, bem como da documentação que ampara a escrituração, justifica o arbitramento dos lucros, sendo insuficiente para descaracterizar esta forma de apuração do resultado tributável, a justificativa de extravio dos livros e documentos, mormente quando a contribuinte não tomou as devidas cautelas em sua guarda, nem tomou as providências legais da publicidade do extravio.

BASE DE CÁLCULO - A base de cálculo do lucro arbitrado, após 180 dias da promulgação da Constituição Federal de 1988 e até a edição da Lei nº 8.981/95, é de 15% sobre a receita bruta, tendo em vista que a Portaria nº 22/79 deixou de vigorar conforme previsão constitucional contida no artigo 25 do ADCT.

JUROS DE MORA - Incabível sua cobrança com base na TRD, no período de fevereiro a julho de 1991.

MULTA DE OFÍCIO - Com a edição da Lei nº 9.430/96, a multa de ofício de 100% deve ser convalidada para 75%, tendo em vista o disposto no artigo 106, II, "c" do CTN e em consonância com o ADN nº 01/97.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - Tratando-se da mesma situação fática, devem ser adequados ao decidido para o lançamento principal, dada a inexistência de fatos ou argumentos a ensejar conclusão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CONSPEL - CONSTRUTORA PETROLA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas pela recorrente, e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento parcial ao recurso para reduzir o percentual de arbitramento dos lucros para 15% (quinze por cento) sobre a receita bruta, vencidos nesta parte os Conselheiros Edson Vianna de Brito e Cândido

MSR



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Rodrigues Neuber, ajustar as exigências reflexas ao decidido em relação ao IRPJ; excluir a incidência da TRD no período anterior ao mês de agosto de 1991; e reduzir a multa de lançamento *ex officio* de 100% (cem por cento) para 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A recorrente foi defendida pelo Dr. Elias Pinto de Almeida, inscrição OAB-PA nº 1.618


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


MÁRCIO MACHADO CALDEIRA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 12 DEZ 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VILSON BIADOLA, SANDRA MARIA DIAS NUNES, RAQUEL ELITA ALVES PRETO VILLA REAL, NEICYR DE ALMEIDA E VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE. Ausente, a Conselheira RAQUEL ELITA ALVES PRETO VILLA REAL.



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Recurso nº : 113.583
Recorrente : CONSPEL - CONSTRUTORA PETROLA LTDA.

RELATÓRIO

CONSPEL - CONSTRUTORA PETROLA LTDA., com sede em Belém/PA, recorre a este Colegiado da decisão da autoridade de primeiro grau que indeferiu sua impugnação ao auto de infração que lhe exige Imposto de Renda Pessoa-Jurídica, bem como aos autos reflexos de Imposto de Renda na Fonte e Contribuição Social sobre o Lucro, relativamente aos anos-calendário de 1990 a 1992.

O lançamento questionado nos autos, referente ao IRPJ, decorreu do arbitramento dos lucros da recorrente, pela não apresentação dos livros comerciais e fiscais, bem como dos respectivos documentos.

A base de cálculo do arbitramento foi a receita informada pela fiscalizada e constante do documento de fls. 89/93.

Antes da autuação, foi a empresa intimada a apresentar a documentação em 20/08/93, 09/09/93, 09/11/93, tendo sido obtida a primeira resposta em 26/11/93, informando que foi constatado o extravio da documentação contábil fiscal.

Em decorrência desta resposta foi feita nova intimação, datada de 28/12/93, solicitando, entre outros dados, esclarecimentos acerca do extravio dos documentos. A resposta veio no dia 27 do mês seguinte, onde a contribuinte informa que ao notar a falta de diversas peças de reposição de equipamentos e caixas de documentos no almoxarifado central, registrou a queixa policial denunciando estes extravios. Os documentos extraviados foram relacionados como: "documentos de caixa,



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

documentos bancários, notas fiscais e comprovantes de despesas e folhas de pagamento”.

Em 18/01/95 foi novamente a contribuinte intimada a apresentar o Livro Diário e Razão e, na ausência de resposta foi reintimada, em 02/03/95, a apresentar tais livros. O silêncio da recorrente motivou, em 08/03/95, a lavratura de auto de infração, por esta deixar de fornecer no prazo determinado as informações solicitadas (fls. 96).

Às fls. 97 consta Certidão do Cartório da Seccional Urbana da Sacramento (SSP/PA), datada de 22/03/95, onde o gerente da autuada informa que foram furtados, no dia 13/06/95, entre outros objetos, documentos fiscais e contábeis.

Após diversas outras investigações fiscais foram lavrados os autos de infração questionados, tendo a receita bruta sido apurada conforme declaração da contribuinte, em documento anexado às fls. 89/93.

Dentro do prazo regulamentar, o sujeito passivo impugna os lançamentos, conforme petição de fls. 158/166, através de procurador legalmente habilitado.

Em preliminar, argüi a nulidade do auto de infração por constar dos autos diversos extratos bancários obtidos sem autorização judicial. A quebra do sigilo bancário evidencia a imprestabilidade dos elementos probatórios a que eles corresponderem.

No mérito, argumenta que o lançamento baseou-se em fundamentação equivocada, ou seja, a recusa na apresentação de documentos, quando na realidade houve impossibilidade material desta apresentação, por furto dos documentos, conforme relato que faz em sua petição do desenrolar da fiscalização.

Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Sob outro aspecto, alega que o lançamento, pelo seu elevado valor, constitui confisco e inviabiliza a continuidade da empresa, violando o princípio da capacidade contributiva.

Na seqüência, alega da possibilidade da contribuinte insurgir-se quanto ao montante encontrado do valor do arbitramento, solicitando a avaliação contraditória, para, em nomeando-se perito e assistentes técnicos, chegue-se ao lançamento definitivo.

Assim, requer a decretação de nulidade do auto de infração por quebra indevida do sigilo bancário e, em caso de não acolhimento da preliminar, solicita a realização da avaliação contraditória, indicando seu perito assistente.

A autoridade monocrática analisou as contestações da impugnante e manteve integralmente o lançamento, cujas razões estão espelhadas na seguinte ementa:

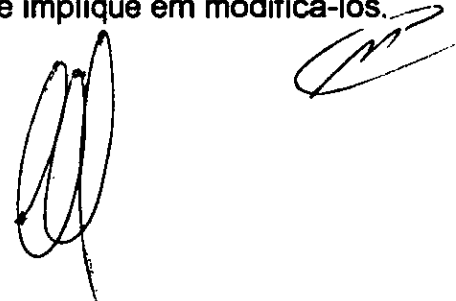
"IRPJ E LANÇAMENTOS REFLEXOS - LUCRO ARBITRADO

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO - Só se pode cogitar de declaração de nulidade do auto de infração, quando o mesmo for lavrado por pessoa incompetente.

LIVROS EXTRAVIADOS - A falta de exibição do documentário contábil autoriza a que se proceda o arbitramento do lucro, não aproveitando ao contribuinte alegar extravio, se não tomou tempestivamente as medidas acautelatórias previstas na legislação.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - Declarada a materialização da exigência principal, igual decisão é extensiva aos reflexos, se o impugnante não arguir qualquer matéria que implique em modificá-los.

IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE"



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Irresignado com esta decisão, recorre a contribuinte a este Colegiado, alinhando suas razões às fls. 180/196.

Nesta peça recursal reafirma os pontos iniciais de discordância relativamente à quebra indevida do sigilo bancário, à inexistência da recusa na apresentação de documentos e à ausência de respeito à capacidade contributiva, como também à natureza confiscatória do procedimento fiscal.

Alega também, o cerceamento do seu direito de defesa, pelo indeferimento da perícia. Sustenta que o indeferimento não foi assentado na impossibilidade de realização da perícia, mas na ausência da indicação de quesitos, o que correspondente a uma rematada demonstração de apreço ao formalismo e de despreço pela boa técnica processual. Acrescenta, neste aspecto, que os quesitos devem ser formulados na ocasião adequada, ou seja, o momento em que a autoridade determina a sua realização.



É o relatório



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

VOTO

Conselheiro MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

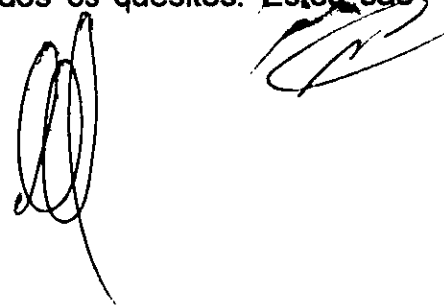
Das razões de discordância da recorrente, merece exame inicialmente duas questões preliminares. A nulidade do auto de infração por ter sido lavrado com base em provas obtidas por meios ilícitos, e a nulidade da decisão singular que indeferiu o pedido de perícia, motivado apenas por formalismo do requerimento.

A argüição de nulidade do auto de infração por ter sido lavrado com base em provas obtidas por meios ilícitos deve ser de pronto afastada por impertinência de sua alegação. Conforme constou do relatório, o auto de infração foi lavrado com base na informação de faturamento da própria recorrente, conforme documento de fls. 89/93, não tendo sido utilizado extrato bancário na apuração do crédito tributário.

Consta dos autos extratos bancários da empresa, colhidos durante os trabalhos de auditoria, juntamente com diversos outros documentos apurados na investigação fiscal. Entretanto, somente foi utilizado na apuração dos tributos a informação de faturamento, fornecida pela própria atuada.

Mas, observe-se que, mesmo que o extrato bancário tivesse sido utilizado, este documento, como bem definiu a autoridade recorrida, não teria sido obtido por meio ilícito, por estar previsto em lei sua obtenção pela autoridade fiscal.

Quanto ao indeferimento da perícia, a lei é clara ao estipular que o pedido considera-se não formulado quando não apresentados os quesitos. Estes são,



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

fundamentais para se avaliar a finalidade da perícia, porquanto a maioria dos pedidos são expedientes meramente protelatórios. Se o pedido estivesse fundamentado, a autoridade que o examinou poderia tê-lo deferido independentemente dos quesitos, se entendesse que poderia esclarecer pontos indispensáveis ao deslinde do litígio.

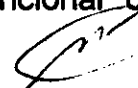
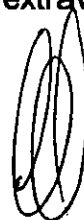
Entretanto, no caso, trata-se de um arbitramento de lucros, cujos coeficientes e base de cálculo estão previstos em atos legais e deles a contribuinte não discordou. Não discutiu a base de cálculo, que foi por ela mesmo fornecida, nem divergiu dos coeficientes de arbitramento. Assim, não vislumbro a necessidade de avaliação contraditória, onde não há pontos divergentes a serem examinados.

Desta forma, o indeferimento da perícia não maculou a decisão, neste particular e, entendo que a mesma é dispensável na solução do litígio nesta fase recursal, por inexistência de divergências que a justifiquem.

No mérito, os autos dão conta que a contribuinte não discorda da base de cálculo apresentada pelo fisco, que, como visto, baseou-se em informações por ela mesma prestadas.

Assim, o fulcro da questão reporta-se a validade do arbitramento dos lucros, pela não apresentação dos livros comerciais e fiscais bem como da documentação que lastreia a escrituração.

Conforme relatado a ação fiscal teve início em 29/09/93, tendo a empresa sido intimada e reintimada a apresentar os livros e documentos. Na resposta de 26/11/93 (fls. 7), a recorrente informa que a documentação fora extraviada, sem mencionar o motivo.



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

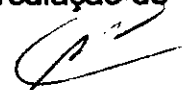
Posteriormente, após instada a informar quais documentos foram extraviados, declina o livro caixa, documentos bancários, notas fiscais e comprovantes de despesas e folhas de pagamento. Não faz qualquer alusão aos livros Diário e Razão, bem como aos livros fiscais (fls. 10).

Intimada por duas outras vezes a apresentar os livros Diário e Razão a empresa silenciou e, após a lavratura do auto de infração, por deixar de atender às intimações, veio aos autos cópia da certidão policial, onde o gerente da recorrente informa do furto de documentos fiscais e contábeis.

Neste contexto, verifica-se, em primeiro lugar, que a própria empresa, em suas informações, não dá conta de extravio dos livros comerciais e fiscais, o que pressupõe a recusa em sua apresentação e não simples impossibilidade material, como quer crer em suas peças de defesa, o que já justifica a apuração do imposto pela forma de arbitramento.

Por outro lado, mesmo que tivesse sido provado o extravio ou furto dos livros Diário e Razão, a guarda dos mesmos em almoxarifado geral, junto com peças de reposição, denota a falta de cautela mínima com o objetivo de evitar os efeitos de casos fortuitos, o que contraria o artigo 165 do RIR/80. Este determina que a pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade.

Ocorrendo o extravio ou furto, como alega a recorrente, como bem decidiu a autoridade monocrática, o registro da ocorrência de furto no órgão policial não supre o formalismo de publicidade exigido pelo parágrafo primeiro do mencionado artigo 165, que determina que a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

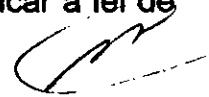
local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de 48 horas, ao órgão competente do registro do comércio.

Tal providência, prevista em lei, não foi adotada pela recorrente, fato este que, mesmo considerando extraviado os livros Diário e Razão, ensejaria também o arbitramento.

É curioso e oportuno observar que, a recorrente, apesar de "já ter alguns de seus documentos extraviados" quando do início da ação fiscal, segundo consta da certidão policial, somente cientificou a fiscalização sobre extravio de documentos em 26/11/93, três meses após o início da ação fiscal, sem mencionar a ocorrência de furto como também da queixa policial. Esta veio a ser mencionada em 27/01/94 e, a correspondente certidão somente veio aos autos em 23/03/95, mais de um ano e meio após o início da ação fiscal.

Desta forma, não tendo sido apresentados os livros comerciais e fiscais, bem como pelo fato da documentação não ter sido conservada em ordem, aliado ao não atendimento da publicidade prevista no § único do artigo 165 do RIR/80, deve ser mantido o arbitramento dos lucros da recorrente, como única forma de apuração do lucro sujeito à tributação, por impossível a verificação do declarado à autoridade tributária.

Quanto à alegação relativa à capacidade contributiva, reporto-me à sustentação da autoridade recorrida, que bem se posicionou a respeito desta matéria, uma vez que o princípio da capacidade contributiva tem como destinatário o legislador, devendo o aplicador da lei ater-se às normas legais, em obediência aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade cerrada, sendo-lhe vedado e impossível aplicar a lei de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte em particular.



Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011


Da mesma forma, a Carta Magna ao vedar a utilização de tributo com efeito de confisco, direciona este mandamento, também, ao legislador, sendo impraticável a análise, caso a caso, pela autoridade administrativa, por faltar-lhe competência legal para tanto.

A despeito de não contestada a base de cálculo, passo à análise da questão do agravamento dos coeficientes de arbitramento.

Conforme já decidido por este Colegiado a Portaria Ministerial nº 22/79, de que se valeram os autuantes para proceder a tal agravamento, não poderia ser aplicada porque expressamente revogada pelo disposto no artigo 25 Das Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que determinou estarem revogados, após 180 dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional.

A rigor a questão não é de inconstitucionalidade das leis, mas de direito intemporal. Carlos Mário Veloso, Ministro do Supremo Tribunal, sobre este assunto assim se manifestou, em CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, Revista de Direito Público, nº 92, página 52:

"A superveniência de norma constitucional revoga legislação ordinária com ela incompatível. A doutrina e a jurisprudência brasileira concebem a questão no âmbito do Direito Intemporal: a legislação anterior a constituição e com ela incompatível considera-se revogada. O Supremo Tribunal, num rol de casos, tem decidido da mesma forma conforme dá notícia Gilmar Ferreira Mendes. A questão tem grande repercussão prática, por isso que consideradas revogadas as leis anteriores à Constituição e com estas incompatíveis, os Tribunais, por suas turmas, podem deixar de aplicar a lei velha, sem necessidade de a questão ser submetida ao Tribunal Pleno, pois não haveria necessidade do quorum de maioria absoluta de votos."



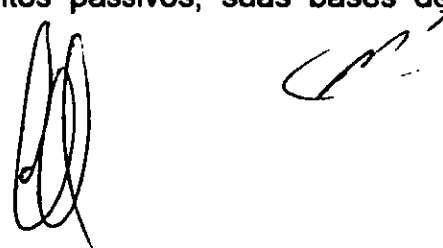
Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Com efeito a competência conferida ao Ministro da Fazenda pelo Decreto nº. 1.648/78 foi revogada. Portanto, é inútil argumentar, como fazem alguns pares, que a Portaria MF nº. 22/79 não era o dispositivo legal que atribuía ou delegava competência congressual a órgão do Poder Executivo. A Portaria é o efeito; e qualquer disposição que atinja a causa abrangerá, também, seus efeitos.

Por outro lado, ainda em relação ao alcance do disposto no art. 25 do ADCT, ao presente caso, não consta que o prazo constitucional a respeito tenha sido prorrogado por lei.

Em caso análogo já se pronunciou a Terceira Câmara do 2º Conselho de Contribuintes que apreciando a delegação de competência conferida ao Conselho Monetário Nacional para fixação da Taxa do IAA, através de Acórdão unânime nº 203-02.758 concluiu pela inexigibilidade da Contribuição sobre o Açúcar e o Alcool, após a vigência da Constituição Federal de 1988 que não recepcionou a legislação ordinária anterior.

Também, não é demais ressaltar que a fixação da base de cálculo de tributos é matéria reservada à lei, conforme se infere do artigo 19, inciso I, da CF/69, reproduzido no artigo 150, inciso I, da CF/88. Neste sentido, salutar se transcrever o assinalado por Roque Antônio Carraza, *in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 6ª. edição, página 162: "(...) criar tributos por lei não é apenas rotulá-los (isto é, declarar simplesmente que estão instituídos) mas descrever, pormenorizadamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas".





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Se a possibilidade de delegação, ao Poder Executivo, dos poderes de fixar coeficientes já era discutível antes da Constituição de 1988, atualmente é inafastável a constatação de que os percentuais de arbitramento somente podem ser definidos por lei, haja vista a disposição expressa na Carta Magna afastando a "delegação" prevista no Decreto-lei nº. 1.648/78, inviabilizando qualquer possibilidade de se utilizar os percentuais de arbitramento previstos na Portaria MF nº. 22/79.

Assim, forçoso se reconhecer que a autorização conferida ao Ministro da Fazenda para alterar os coeficientes de arbitramento, desde que não inferiores a 15%, somente vigio até 180 dias da Promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Por todo o exposto, entendo que não é cabível a aplicação do percentual de 30%, bem como de seu agravamento, para efeito de apuração do lucro arbitrado, porquanto revogada a delegação de competência ao Poder Executivo para dispor de matéria reservada à lei (Art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Assim, deve ser mantido o percentual de 15%, previsto em lei, e uniformemente para todos os períodos de apuração.

Os lançamentos decorrentes devem ser ajustados com o decidido para o IRPJ, tendo em vista tratar-se da mesma matéria fática e não haver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

No que se refere a Taxa Referencial Diária, conforme reiteradas decisões deste Conselho, a mesma só tem aplicação a partir de agosto de 1991, devendo, portanto, ser excluída da exigência a parcela dos juros de mora calculados com base nesta taxa, anteriormente a este período.

Processo nº : 10280.004365/94-76
Acórdão nº : 103-19.011

Finalmente, com a edição da Lei nº 9.430/96, a multa de lançamento de ofício no percentual de 100% foi reduzida para 75%. Assim, na forma do disposto no artigo 106, inc. II, letra "c" do CTN, deve a multa de ofício, lançada nos autos de infração, ser convolada ao percentual de 75%, em consonância com o disposto no Ato Declaratório (Normativo) nº 01/97.

Ante o exposto, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, voto pelo provimento parcial do recurso para reduzir o percentual de arbitramento do IRPJ para 15%, adequar a exigência dos lançamentos decorrentes com o decidido no lançamento principal, excluir a incidência da TRD no cálculo dos juros de mora, no período anterior a agosto de 1991, e convolar a multa de lançamento de ofício de 100% para 75%.

Sala das Sessões - DF, em 11 de novembro de 1997.


MÁRCIO MACHADO CALDEIRA

