



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

Processo nº 10280.720138/2006-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.878 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2013
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente EICO SISTEMAS E CONTROLES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1999

ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO POR VICIO FORMAL. CONSTITUIÇÃO DE NOVO LANÇAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, objeto de lançamento anterior anulado por vício formal, extingue-se com o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão anulatória.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. A COMPETÊNCIA PARA O AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL LANÇAR TRIBUTOS FEDERAIS INDEPENDE DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Eventual irregularidade pelo não cumprimento estrito de prazo de execução estipulado em Mandado de Procedimento Fiscal, não enseja nulidade do Auto de Infração, uma vez que não envolve lesão ao direito de ampla defesa, não constitui vício essencial no conteúdo material do lançamento. Ademais, a autoridade fiscal tem competência fixada em lei para lavrar o Auto de Infração. Na falta de cumprimento de norma administrativa a referida autoridade fica sujeita, se for o caso, a punição administrativa, mas o ato produzido continua válido e eficaz.

REEXAME DE PERÍODO JÁ FISCALIZADO. EMISSÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUTORIZAÇÃO DE REEXAME. EQUIVALÊNCIA.

Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal. A emissão do Mandado de Procedimento Fiscal torna desnecessária a autorização para segundo exame, já que as autoridades competentes para a

emissão do Mandado de Procedimento Fiscal também o são para a autorização do segundo exame. Assim, a revisão do lançamento em reexame de exercício já fiscalizado, se presente à autorização para a realização do procedimento fiscal, firmada por autoridade competente, não acarreta a nulidade do auto de infração.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o auto de infração lavrado por autoridade competente e que não tenha causado preterição do direito de defesa, efetuado em consonância com o que preceitua o art. 142 do Código Tributário Nacional, especialmente se o sujeito passivo, em sua defesa, demonstra pleno conhecimento dos fatos que ensejaram a sua lavratura, exercendo, atentamente, o seu direito de defesa.

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO DO LITÍGIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela, sendo improcedente a preliminar de cerceamento do direito de defesa quando concedida, na fase de impugnação, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Somente à inexistência de exame de argumentos apresentados pelo contribuinte, em sua impugnação, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa do impugnante.

LUCRO PRESUMIDO. DIFERENÇAS APURADAS ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E INFORMADOS EM DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS COM AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Apuradas divergências de valores tributados a menor, quando do confronto entre os valores escriturados em livros fiscais e levado à DIRPJ com as notas fiscais emitidas, correto haverem sido consideradas tais diferenças como omissão de receitas.

LUCRO PRESUMIDO. COEFICIENTES APLICÁVEIS. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO.

A base imponible do lucro presumido é apurada mediante a aplicação do percentual de 32% sobre a receita bruta, quando demonstrado que se trata de pessoa jurídica que se dedica à atividade de prestação de serviços.

LUCRO PRESUMIDO. PESSOA JURÍDICA COM ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA ATIVIDADE. IMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO MAIS ELEVADA.

No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder á percentual mais elevado.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou responsável. O fato de não haver má-fé do contribuinte não descaracteriza o poder-dever da Administração de lançar com multa de ofício a falta de recolhimento de Imposto de Renda.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

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 (Súmula CARF nº 4).

Preliminares rejeitadas

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas pelo Recorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente designado para formalização de acórdão.

JOSE RICARDO DA SILVA - Relator

JOSELAINE BOEIRA ZATORRE - Relatora 'ad hoc' designada para formalização do acórdão.

Participaram desse julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), José Ricardo da Silva (Vice-Presidente), Edeli Pereira Bessa, Mônica Sionara Schpallir Calijuri, Benedicto Celso Benício Júnior e Marcelo de Assis Guerra (Suplente Convocado).

Relatório

EICO SISTEMAS E CONTROLES LTDA., contribuinte inscrito no CNPJ/MF sob nº 15.732.282/0001 - 99, com domicílio fiscal na cidade de Belém – Estado de Pará, à Rua A, nº 1 – Conjunto Pedro Teixeira - Bairro Coqueiro, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém - PA, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 318/321, prolatada pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA, recorre, da decisão que julgou procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infrações de IRPJ, PIS, Cofins e CSLL, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 327/360.

Contra o contribuinte, acima identificado, foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém - PA, em 15/12/2006, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ; Programa de Integração Social – PIS; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 06/28), com ciência por AR, em 20/12/2006 (fl. 33), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 64.040,27 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuições, acrescidos da multa de ofício normal de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do tributo e contribuição referente ao período relativo ao exercício de 1999, correspondente ao ano-calendário de 1998.

Necessário se faz anotar, que o presente processo tem origem no processo nº 10280.001422/2003-16, considerado nulo, por vício formal, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA, conforme Acórdão nº 3.145, de 14 de outubro de 2004, cuja ementa se transcreve abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998

Ementa: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). IRREGULARIDADE. VÍCIO FORMAL. A falta de ciência do sujeito passivo das prorrogações de prazo do MPF fere as disposições da Portaria SRF nº 3 007/2001 e caracteriza vício insanável de ordem formal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS E COFINS. Os lançamentos reflexos seguem a sorte do principal. Se este é anulado, idêntico tratamento deve ser reservado àqueles.

Lançamento Nulo

No uso da competência atribuída pelo art. 25 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e alterações posteriores, c/c a Portaria n.º 258, de 24 de agosto de 2001, do Ministro de Estado da Fazenda e vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDAM os membros da Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, por maioria de votos, em conhecer da impugnação, nos termos do relatório e voto vencedor que passam a integrar o presente julgado, e considerar nulo o lançamento contestado. Vencido o relator Lizandro Rodrigues de Souza, por entender que a irregularidade do MPF não configura vício insanável ao lançamento.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver omissão de receitas da atividade caracterizada pela diferença a maior de valores de vendas de mercadoria e serviço do contribuinte, constante do Demonstrativo de Vendas de Mercadorias e Serviços do Contribuinte, fls. 479 a 483, e Demonstrativo do Valor Tributável do IRPJ/CSLL, fls. 487, em relação aos valores lançados na ficha 14, do 1º ao 4º trimestre, fls. 432 a 435, da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, ND 0350587, ano-calendário 1998. Infração capitulada nos arts. 15 e 24, da Lei nº 9.249, de 1995; art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995 c/c art. 25, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece o lançamento através do próprio Auto de Infração (fls. 06/28), baseado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que os valores do Demonstrativo de Vendas de Mercadoria e Serviço do Contribuinte, fls. 479 a 483 foram obtidos dos clientes do autuado através das intimações e respectivas respostas constantes das fls. 17 a 418;

- que intimado a justificar as diferenças apuradas pela fiscalização, fls. 419 a 425, o contribuinte em sua manifestação as fls. 426 a 428 não apresentou nenhum fato ou prova que alterasse o convencimento da fiscalização sobre a omissão de receita apurada;

- que no presente Auto de Infração, todas as referências feitas a folhas são relativas ao processo administrativo fiscal nº. 10280.001422/2003-16;

- que o presente Auto de Infração consta do processo administrativo fiscal nº. 10280-720.138/2006-87, que encontra-se apenso ao processo administrativo fiscal nº 10280.001422/2003-16.

Em sua peça impugnatória de fls. 35/64, instruída pelos documentos de fls. 65/314, apresentada, tempestivamente, em 19/01/2007, o autuado se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência dos Autos de Infrações, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que torna-se ainda relevante, lembrar, que o presente auto de infração, trata da mesma matéria apresentada no auto de infração de nº. 0210100/00362-06, e que foi declarado nulo, em razão de vícios formais. Sendo que, posteriormente, foi autorizado pela nobre Delegada da Receita Federal, a Dra. CLÁUDIA GORRESEN MELLO, a execução de procedimento fiscal nos termos do que prevê o RIR/99 (Decreto nº 3000, de 26/03/1999), devendo o mandado expedido ser executado até 16/02/2007;

- que o referido Mandado, entre outras ordens, determina que o contribuinte seja informado do seu inteiro teor, fato que não ocorreu no presente caso, o qual foi apenas intimado quando da apresentação dos autos de infrações;

- que o certo é que a intenção do legislador é de dar ao contribuinte todos os meios de defesa necessários para provar a sua regularidade fiscal, assim como, afastar qualquer espécie de abuso por parte das autoridades públicas, além de possibilitar, como no presente caso, que o fisco reveja o seu antigo ato, permitindo corrigir antigos erros. Merece destaque ainda, o fato de a Administração Pública estar vinculada ao princípio constitucional da legalidade, o qual foi completamente desobedecido;

- que conforme pode ser constatado no Mandado de Procedimento Fiscal (Fiscalização Nº.02.1.01.00-2006-00362-3), que deu início ao procedimento fiscal, não houve qualquer comunicado ao contribuinte, relativo a tal ato administrativo, ocorrência que violou o previsto no art. 196, do CTN, assim como, o estabelecido no RIR/99 e no Decreto n.1.041, de 11 de janeiro de 1994, e que regulamentou a matéria até ser revogado pelo Decreto n.3.000 de 26 de março de 1999;

- que percebe-se em seguida que atrelou seu ato a uma determinação da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém. Ocorre que o Acórdão citado, e anexado às fls.614, do auto declarado nulo, em nenhum momento manda ser realizada nova autuação;

- que dessa forma, é fácil se chegar a conclusão que o nobre fiscal, descumpriu a ordem de sua superior hierárquica, única ordem capaz de dar início ao procedimento de fiscalização, pois, nem a decisão da Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, nem os dispositivos legais citados, mandaram ser instaurado o presente processo fiscal. Ora, se agiu em descumprimento ao Mandado da supracitada Delegada, agiu sem legitimidade, e em claro desrespeito ao ordenamento jurídico. Cabe destacar, que, mesmo que tivesse agido em cumprimento a ordem da P. Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, o presente Auto de Infração estaria NULO, pois o DD. Fiscal, só estaria autorizado a realizar procedimento fiscal sobre o IRPJ, e não sobre lançamentos de PIS, COFINS e CSLL (conforme percebeu o DD. DR. NILTON COSTA SIMÕES, em seu brilhante voto);

- que em face ao princípio da legalidade, o qual obriga a Administração Pública a conduzir seus atos de acordo com o estritamente previsto em Lei, e em sendo a atividade fiscal uma atividade administrativa plenamente vinculada, devendo estar prévia e exaustivamente descrita na norma jurídica, qualquer ato administrativo (e o lançamento é uma espécie de ato administrativo) que não esteja em conformidade com o previsto em Lei, deverá ser declarado nulo e, posteriormente, se for o caso, retificado. Como foi o que ocorreu no Auto de Infração de nº. 0210100/00141/02, que deu origem a este, e foi anulado por vício formal;

- que no presente caso, tem-se que a fiscalização ao deixar de dar ciência ao contribuinte, do início da fiscalização, assim como, desobedecer a ordem emanada da Delegada CLÁUDIA GORRESEN MELLO, de realizar o REEXAME DO PERÍODO LÁ FISCALIZADO (teor da regra prevista no RIR/99), violou os princípios do devido processo legal e da legalidade, agindo portanto, de forma ilícita, produzindo um ato nulo, sem efeitos, carecedor, devendo assim, ser declarado NULO;

- que a contribuinte, o optou por ser tributada com base no lucro presumido, assim, qualquer cobrança de imposto de renda, deveria inicialmente observar que a sua atividade envolve o fornecimento de produtos e a prestação de serviços, o que leva consecutivamente a taxação de 8% (oito por cento) no primeiro caso, e 32% (trinta e dois por cento) no segundo, da receita bruta aferida;

- que ocorre que, como pode ser observado, o Ilmo. Sr. Fiscal, repete o que fez no auto de infração anterior (fls.480, 481, 482 e 483), caindo em erro novamente, quando imputa ao contribuinte uma tributação com base em um percentual de 32% (trinta e dois por cento), fato que por si só é suficiente para que seja declarado NULO o presente ato administrativo;

- que a forma equivocada de cobrança tributária, também foi aplicada sobre a CSLL, a COFINS e o PIS, onde também deixou de considerar que a atividade da contribuinte é de prestar serviços, e atrelado a idéia de omissão de receita, acabou por presumir a existência de um crédito tributário;

- que não existiu assim, a separação do que é produto fornecido e o que é prestação de serviços, apensar da tal constatação se de fácil comprovação. Sendo que a perícia realizada pelo nobre fiscal, não está impregnada da melhor técnica;

- que em sendo assim, não há como se admitir que meras presunções possam fazer nascer a obrigação tributária, possam servir para caracterizar a ocorrência do fato gerador, eis que, admitir tal possibilidade seria possibilitar, em tese, a cobrança de tributo sem a ocorrência do fato gerador;

- que levando-se em consideração que o percentual a ser aplicado sobre a receita bruta para apuração da base de cálculo do lucro presumido na atividade de prestação de serviço de construção civil é de 32% quando houver emprego unicamente de mão-de-obra, ou de 8% quando houver emprego de materiais, em qualquer quantidade, não resta dúvida que o presente auto está eivado de nulidade;

- que com relação ao CSLL, ao PIS e ao COFINS, cabe destacar que a presunção aqui também se operou, uma vez que não foi levado em consideração o que é fornecimento de produto e o que é realmente prestação de serviço, tudo claro, em conformidade com o que previa a legislação de época;

- que desta forma, a fiscalização utilizando-se de falsas premissas e suposições infundadas celebrou a autuação, sem, ao menos, levantar os documentos necessários para aferir o real valor do crédito que se presume que exista;

- que tal levantamento, insista-se, deveria ter sido feito pelo fisco, aliás, deveria ser consequência natural de uma instrução probatória e de uma análise séria e acurada dos documentos fiscais apresentados pela recorrida. Tal ausência de levantamento correto importa, em última análise, em cerceamento do direito de defesa;

- que caso o DD. Fiscal, realmente tivesse feito o reexame do procedimento fiscal, poderia ter desconsiderado os valores declarados inconstitucionais. Aqui também está mais uma prova, que o presente auto de infração deve ser declarado NULO.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, em 16 de outubro de 2008, os membros da Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA concluíram pela procedência do lançamento, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o lançamento anterior foi anulado através do Acórdão nº 3145 de 14 de outubro de 2004 e o novo lançamento efetuado em 20/12/2006. Dessa feita, nos termos do art. 173, II, do CTN, não há que se falar em decadência;

- que não resta dúvidas de que todos os elementos necessários ao lançamento já estavam em poder da fiscalização pois constavam do processo 10280.001422/2003-16 e que não há qualquer nulidade, violação aos princípios constitucionais do contraditório, da legalidade, publicidade, razoabilidade, do devido processo legal ou cerceamento do direito de defesa pelo fato da fiscalização lavrar o auto de infração, se dispunha dos elementos necessários e suficientes para a caracterização da infração, mesmo não constando dos autos que o sujeito passivo tenha sido regularmente consultado ou intimado a se manifestar, já que esta oportunidade é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo;

- que impõe-se esclarecer à contribuinte que, em sentido técnico, não há lugar a arguições de cerceamento do direito de defesa e de ofensa ao contraditório antes de iniciado o prazo para impugnação do auto de infração, haja vista que, no decurso da ação fiscal, não existe litígio ou contraditório. É que a fase litigiosa do procedimento fiscal inaugura-se apenas com a impugnação, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972. A ação fiscal é fase pré-processual, em que se verifica e investiga o cumprimento das obrigações tributárias, não havendo exigência de crédito tributário e nem, por consequência, resistência a ser oposta pelo fiscalizado. Portanto, inexistente processo, assim entendido como meio para solução de litígios, haja vista ainda não haver litígio, fazendo-se absolutamente descabidos os argumentos invocados pela impugnante;

- que também são improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, porque tais decisões, mesmo que proferidas por órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do Direito Tributário;

- que destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, eis que somente se aplicam sobre a questão em análise e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios;

- que a empresa não provou que a origem das notas fiscais foi referente a atividade de construção por empreitada e se assim fosse, esta não poderia ter optado pelo lucro presumido tendo em vista o inciso II supra;

- que a impugnante acusa que a fiscalização teria partido de presunções para declarar a omissão de recolhimento de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL, mas não se constata a utilização, pela fiscalização, de presunções, visto que as receitas omitidas foram detectadas pela diferença a maior entre valores de vendas de mercadorias e serviços da contribuinte, calculados conforme notas fiscais, e receitas informadas em declaração de rendimentos. Logo, não houve a utilização de presunção, mas sim a tributação de receitas, detectadas através da emissão de notas fiscais por parte da contribuinte. Não houve também a utilização pelo fisco de confissão de dívida da contribuinte, visto que a emissão de notas fiscais é a prova mais cabal da ocorrência do faturamento da empresa, dispensando-se no caso qualquer confissão;

- que por fim, também não pode prosperar a alegação de que se a fiscalização realmente tivesse feito o reexame do procedimento fiscal, poderia ter desconsiderado os valores declarados inconstitucionais relativos a base de cálculo do PIS e COFINS, visto que a fiscalização se pautou em receitas de vendas de mercadorias e serviços, ou seja, na receita

bruta ou faturamento da empresa que é justamente a base de cálculo considerada constitucional do PIS e COFINS.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA

JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998

RESTABELECIMENTO DE EXIGÊNCIA ANULADA POR VÍCIO FORMAL. DECADÊNCIA.

No caso específico do restabelecimento de exigência anulada por vício formal, conta-se o prazo quinquenal da decadência da data em que se tornar definitiva a decisão que anulou o lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN.

INTIMAÇÃO PRÉVIA. MPF. CIÊNCIA. Antes da lavratura da auto de infração, não há necessidade de intimação prévia do contribuinte, caso exista todos os elementos necessários para configurar a infração.

Não há descumprimento da legislação que regula o MPF quando providenciada a sua ciência no primeiro ato de ofício praticado pela autoridade fiscal, mesmo que este seja a ciência do lançamento.

Lançamento Procedente

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 18/12/2008, conforme Termo constante à fl. 326, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (19/01/2009), o recurso voluntário de fls. 327/360, instruído pelos documentos de fls. 361/506, no qual demonstra irrisignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que a Medida Provisória n.º 449, anistia dívidas de contribuintes de até R\$ 10 mil com a União, contraídas até 31 de dezembro de 2007, e vencidas há cinco anos ou mais. Devendo ser aplicada no presente caso, conforme será demonstrado;

- que pelo texto da lei, fica claro, que o contribuinte tem direito a anistia, dos débitos representados no presente caso, pela DARFS de Código 2986 (valor de R\$ 5.122,63) e Código 2973 (valor de 7.172,84). Assim, desde já, solicita a parte o perdão de parte do seu débito;

- que em razão dos argumentos apresentados, e em decorrência da presente cobrança estar relacionada a débitos de IRPJ, PIS, COFINS E CSLL, do exercício financeiro de 1998, não resta dúvida que decaiu o direito do Fisco Federal em cobrar tais tributos;

- que a administração pública, ao se deparar com um ato seu contrário ao ordenamento jurídico, possui não só o poder, mas sim, e mormente, o dever de declarar sua anulação, sob pena de estar perpetuando uma situação contrária à lei e/ou a moral;

- que conforme narrado foi formalizado pelo Fisco Federal, um documento que atesta o início da fiscalização, assim como, o prazo que possivelmente esta encerraria, tudo em conformidade com o que manda o Código Tributário Nacional e o RIR/99. Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro, também manda, que o contribuinte seja intimando de tal ato administrativo;

- que é obrigação imposta pelo Código Tributário Nacional, que a autoridade administrativa ao iniciar a fiscalização no local, tem o dever de registrar o início dessa diligência, assim como, fixar o prazo máximo para a sua conclusão, ato que aconteceu no presente caso. O que não ocorreu foi a ciência da contribuinte do ato administrativo (fiscalização) que estava para nascer. Ato este, que nasceu de uma autoridade hierarquicamente superior aos fiscais que executaram o presente auto de infração;

- que ora, a preocupação do legislador é justificada, já que a pressa ou o tempo poderá causar alguns desvios da finalidade pública, viciando o processo administrativo, constringendo o contribuinte, que deve ser encarado como cidadão e não como sonegador, devendo portanto a este ser dada a ciência do procedimento que iniciara. Desvio que pode ser facilmente identificado no presente caso, onde os nobres fiscais, por algum equívoco, esqueceram qual foi o comando dado pela Delegada CLÁUDIA GORRESEN MELLO, e pela legislação. Deixando de realizar o reexame do procedimento fiscal, para de pronto autuar a empresa contribuinte;

- que os argumentos aqui apresentados, a nosso ver não foram devidamente enfrentados pelo julgador de P. instância, merecendo portando, ser novamente apreciados em 2º. Grau. O fato é que está provado que houve presunção no presente caso, devendo ser declarado nulo o presente processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSE RICARDO DA SILVA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da análise preliminar dos autos do processo se verifica, que a ação fiscal em discussão versa sobre a imputação na omissão de receitas caracterizada pela diferença a maior entre valores de vendas de mercadorias e serviços do recorrente, calculados conforme notas fiscais, e receitas declaradas em declaração de rendimentos.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal do Auto de Infração (fl. 07), o lançamento foi realizado para restabelecer a exigência existente no processo nº 10280.001422/2003-16, no qual este processo foi apensado, anulada por vício de forma, conforme Acórdão nº 3145 de 14 de outubro de 2004 (fls. 614 a 619 do processo nº 10280.001422/2003-16).

A decisão recorrida manteve integralmente o lançamento.

Inconformado, em virtude de não ter logrando êxito na instância inicial, o recorrente apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, apresenta a arguição de decadência e suscita várias preliminares de nulidade do lançamento e da decisão recorrida, bem como ataca a matéria de mérito.

Desta forma, a discussão neste colegiado se prende na arguição de decadência e nas preliminar de nulidades e, no mérito, a discussão abrange a omissão de receitas para os optantes pelo sistema de tributação simplificada (Lucro Presumido).

1- QUANTO AS PRELIMINARES DE NULIDADES

Quanto à decadência, verifica-se que o artigo 173, II do Código Tributário Nacional estabelece que o direito da Fazenda Nacional constituir o crédito tributário se extingue após cinco anos da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Portanto, a anulação de ato administrativo por vício formal devolve à Fazenda Pública a possibilidade da feitura de novo lançamento sobre a mesma matéria tributável.

É nesse sentido, que caminha a jurisprudência administrativa tributária, desta Corte, conforme se constata no julgado baixo:

*Primeiro Conselho de Contribuintes. Primeira Câmara.
Processo Administrativo Fiscal – Anulação de Lançamento por
Vício Formal – Decadência – Novo Lançamento – O artigo 173,
II do Código Tributário Nacional estabelece que o direito da
Fazenda Nacional constituir o crédito tributário se extingue após*

cinco anos da data em que tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (Recurso nº 139.666 - Recorrente: Industrial Madeireira Curuatinga Ltda. - Recorrida: 1ª Turma Da DRJ em Belém – PA. – Relator: Caio Marcos Cândido - Sessão de 20 de maio de 2005 - Acórdão nº 101-94.998).

A data em que se torna definitiva uma decisão é aquela a partir de quando não se pode mais interpor recurso, nos termos da lei regente do respectivo processo, seja administrativo, seja judicial (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.167).

Vício formal diz respeito a qualquer inexatidão na observância das normas que regem o procedimento do lançamento em si, sua maneira de realização.

O vício material, por sua vez, relaciona-se com a existência dos elementos da obrigação tributária, que é a matéria tratada no lançamento.

Registro a possibilidade de coexistirem ambos os vícios em um lançamento. Entretanto, embora a anulação por vício formal abra novo prazo decadencial para lançar, o mesmo não se pode garantir quando está presente um vício material.

Por fim, deve ser mencionado o entendimento de SACHA CALMON NAVARRO COELHO (2000, p. 225) e de EURICO MARCOS DINIS DI SANTI (2001, p. 181) de que a anulação do lançamento por vício formal somente pode ser efetivada enquanto não extinto o direito da Fazenda, nos termos do art. 149 do Código Tributário Nacional.

Ressalte-se, entretanto, que essa restrição do parágrafo único do art. 149 do CTN parece dizer respeito tão-somente ao lançamento efetuado com vício material ou ausência de lançamento, e não ao lançamento efetuado com vício formal.

Isso porque o lançamento com vício formal, conforme visto acima, interrompe o prazo decadencial, impedindo a extinção do direito de lançar.

Somente o vício material ou a ausência de lançamento é que permite a continuidade de fluência do prazo decadencial.

Assim sendo e como a decisão de Primeira Instância é 14 de outubro de 2004. O termo inicial, portanto começa a ser contado a partir dessa data, encerrando-se 5 (cinco) anos depois, 13 de outubro de 2009. O novo lançamento foi notificado em 15 de dezembro de 2006, não tendo ocorrido, portanto, a decadência suscitada.

Quanto à preliminar de nulidade do lançamento argüida pelo recorrente, sob o entendimento de que o Mandado de Procedimento Fiscal deveria ser anulado por conta de não ter sido observadas as determinações contidas na Portaria 1.265, de 1999, notadamente no que se refere à data de ciência ao contribuinte, que, *in casu*, se teria dado tardia, ferindo o princípio da publicidade que rege os atos administrativos. Além disso, teria sido dada continuidade ao trabalho fiscalizatório sem que fosse dele imediatamente cientificado o contribuinte, o que seria vedado pelo artigo 2º, da citada Portaria. O Auto de Infração, assim, seria nulo, em decorrência de ter tido origem em procedimento viciado.

Como visto, o recorrente entendeu que o Auto de Infração é nulo sob o argumento de que o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF foi emitido fora dos padrões estabelecidos na legislação de regência.

Indiscutivelmente, o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 1999, com as alterações incluídas pela Portaria SRF nº 1.614, de 2000 e Portaria SRF nº 3.007, de 2001, é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais relativo aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Desta forma, o mandado consiste em uma ordem emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal para que seus auditores, em nome desta, executem atividades fiscais, tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo.

Ora, com a devida vênia, neste processo, não há que se falar em nulidade, porquanto, todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração.

É equivocada a conclusão do suplicante no sentido de que as informações sucintas e falha na emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, levaria à incompetência do agente fiscal para o ato. A competência do auditor fiscal para os procedimentos de fiscalização e lavratura dos autos de infração não advém da existência do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, mas de lei que determina as atribuições do agente, estabelecendo os limites de sua atuação.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, o artigo 4º, da Portaria 1.265, de 1999, determina que a ciência ao sujeito passivo deve ser dada no início do procedimento fiscal, o qual não ocorre necessariamente na data de emissão do MPF.

Ora, se a autoridade lançadora dispuser de todos os elementos necessários ao lançamento e entender dispensável a intimação para prestar esclarecimentos, o processo de lançamento de ofício será iniciado com a ciência do lançamento.

No caso concreto, a fiscalização dispunha de todos os elementos necessários ao lançamento já que este foi realizado para restabelecer a exigência existente no processo nº 10280.001422/2003-16, no qual este processo foi apensado, que foi anulada por vício de forma, conforme Acórdão nº 3145 de 14 de outubro de 2004 (fls. 614 a 619 do processo nº 10280.001422/2003-16).

Assim, não há vício qualquer a se apontar neste aspecto, já que pela norma procedimental expedida pela Portaria a ciência a ser dada do MPF ao contribuinte não precisa ocorrer na data de emissão do Mandado, como quer fazer valer o recorrente.

Ademais, é posição majoritária nesta Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que a alguma irregularidade, por ventura, existente no Mandado de Procedimento Fiscal não provoca nulidade do lançamento, conforme se observa nas ementas dos Acórdãos abaixo citados:

Acórdão nº 201-77049

PAF. MPF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) advém de norma administrativa que

tem por objetivo o gerenciamento da ação fiscal. Por tal, eventuais vícios em relação ao mesmo, desde que evidenciado que não houve qualquer afronta aos direitos do administrado, não ensejam a nulidade do lançamento.

Acórdão nº 108.07458

NULIDADE – INOCORRÊNCIA – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância de norma infralegal não pode gerar nulidade no âmbito do processo administrativo fiscal.

Acórdão nº 202.14949

NORMAS PROCESSUAIS. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). IRREGULARIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. Irregularidade formal em MPF não tem o condão de retirar a competência do agente fiscal de proceder ao lançamento, atividade vinculada e obrigatória (art. 142, CTN), se verificados os pressupostos legais. Ademais, não tendo havido prejuízo à defesa do contribuinte, não há se falar em nulidade de ato.

Acórdão nº 107.06797

MPF. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA. O Mandado de procedimento Fiscal (MPF) fora concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada e em benefício desta, há de subsistir em qualquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não observância – na instauração ou amplitude do MPF – poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

Acórdão nº 107.06820

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF – A atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária.

Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da pessoalidade. Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo disciplinar e não tem o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN.

Verifica-se, pelo exame do processo, que não ocorreram os pressupostos previstos no Processo Administrativo Fiscal, tendo sido concedido ao sujeito passivo o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, na fase de impugnação do processo, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização.

Dessa maneira, se revela totalmente improfícua sua alegação de nulidade, porque a apuração da infração foi feita com estrita observância das normas legais e com obediência a Portaria SRF nº 1.265, de 1999 (e portarias posteriores).

Mesmo que verdadeira fosse a assertiva do recorrente, é de se dizer que eventuais falhas na emissão ou na prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal não têm o condão de macular ação fiscal e tampouco o lançamento dela decorrente.

Quanto a preliminar de nulidade do lançamento sob o argumento da impossibilidade de novo lançamento referente a período já fiscalizado (ano-calendário de 1998), a minha posição é pela rejeição dos argumentos apresentados.

Alega o recorrente que o nobre fiscal, descumpriu a ordem de sua superior hierárquica, única ordem capaz de dar início ao procedimento de fiscalização, pois, nem a decisão da 1ª Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, nem os dispositivos legais citados, mandaram ser instaurado o presente processo fiscal. Ora, se agiu em descumprimento ao Mandado da supracitada Delegada, agiu sem legitimidade, e em claro desrespeito ao ordenamento jurídico. Cabe destacar, que, mesmo que tivesse agido em cumprimento a ordem da 1ª Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém, o presente Auto de Infração estaria NULO, pois o DD. Fiscal, só estaria autorizado a realizar procedimento fiscal sobre o IRPJ, e não sobre lançamentos de PIS, COFINS e CSLL.

É de se observar de início, que ficou claro na decisão de Primeira Instância que o presente caso é de lançamento por reexame de período já fiscalizado devidamente autorizado pelo delegado substituto da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém - PA, conforme consta do documento de fls. 01.

O assunto está disciplinado no Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99), verbis:

***TÍTULO III – CONTROLE DOS RENDIMENTOS CAPÍTULO I
– FISCALIZAÇÃO DO IMPOSTO***

Art. 904 – A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

[...]

Art. 906 Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

[...]

Art. 911. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências necessárias e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354/54, art. 7º).

É conclusivo, que a razão está com a decisão de Primeira Instância, já que a autorização prevista neste dispositivo legal constitui requisito indispensável à formação do lançamento tributário e foi, devidamente, respeitado, conforme consta de forma expressa no Mandado de Procedimento Fiscal (fl. 01), assinado pelo delegado substituto da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém – PA.

Ora, a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal torna desnecessária a autorização para segundo exame prevista no artigo 906 do RIR/99, na medida em que as autoridades competentes para a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal também o são para a autorização do segundo exame. Seria pura redundância a dupla exigência.

Não tenho dúvidas, de que o fornecimento e a manutenção da segurança jurídica pelo Estado de Direito no campo dos tributos assume posição fundamental, razão pela qual o princípio da Legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei, de modo que para efeitos de constituição de crédito tributário, através do lançamento, se faz necessário o cumprimento das formalidades previstas em lei.

À Administração Tributária está reservado pela lei o direito de questionar a matéria, mediante processo regular, mas sem sobra de dúvida deve se atrelar à lei existente. Com efeito, a convergência do fato impositivo à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte de obrigações tributárias somente se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

De fato, o princípio da legalidade baseia-se no postulado de que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Este princípio geral está inscrito no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. Por sua vez, o princípio da tipicidade requer que a lei seja minuciosa, taxativa, evitando o emprego da analogia ou da discricionariedade.

Como a obrigação tributária é uma obrigação *ex lege*, e como não há lugar para atividade discricionária ou arbitrária da administração que está vinculada à lei, deve-se sempre procurar a verdade real à cerca da imputação, desde que o fato gerador da obrigação tributária esteja prevista em lei. Não basta a probabilidade da existência de uma fato para dizer-se haver ou não haver obrigação tributária.

De acordo com a legislação retro transcrita, a única exigência legal para que os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil possam proceder a um novo exame em período já fiscalizado é a autorização da autoridade competente para se proceder a reexame de período já fiscalizado.

É indiscutível, que o suplicante já sofrera outra fiscalização em relação ao mesmo exercício, conforme documentação contida nos autos. Por outro lado, também é indiscutível, que foi autorizado o reexame pela autoridade administrativa de jurisdição do contribuinte, ou seja, houve prévia ordem escrita do delegado da Delegacia da Receita Federal para que se procedesse o exame do ano-calendário de 1998 (fl. 01).

Ora, no caso concreto, a fiscalização dispunha de todos os elementos necessários ao lançamento já que este foi realizado para restabelecer a exigência existente no processo nº 10280.001422/2003-16, no qual este processo foi apensado, que foi anulada por vício de forma, conforme Acórdão nº 3145 de 14 de outubro de 2004 (fls. 614 a 619 do processo nº 10280.001422/2003-16).

Não resta dúvidas de que todos os elementos necessários ao lançamento já estavam em poder da fiscalização pois constavam do processo 10280.001422/2003-16 e que não há qualquer nulidade, violação aos princípios constitucionais do contraditório, da legalidade, publicidade, razoabilidade, do devido processo legal ou cerceamento do direito de defesa pelo fato da fiscalização lavrar o auto de infração, se dispunha dos elementos necessários e suficientes para a caracterização da infração, mesmo não constando dos autos que o sujeito passivo tenha sido regularmente consultado ou intimado a se manifestar, já que esta oportunidade é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo.

Quanto às preliminares de nulidade do lançamento argüidas pelo recorrente, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, entendendo que a autoridade fiscal lançadora feriu diversos princípios fundamentais, não devem ser acolhidas pelos motivos abaixo.

Entendo, que o procedimento fiscal realizado pelos agentes do fisco foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

O princípio da verdade material tem por escopo, como a própria expressão indica, a busca da verdade real, verdadeira, e consagra, na realidade, a liberdade da prova, no sentido de que a Administração possa valer-se de qualquer meio de prova que a autoridade processante ou julgadora tome conhecimento, levando-as aos autos, naturalmente, e desde que, obviamente dela dê conhecimento às partes; ao mesmo tempo em que deva reconhecer ao contribuinte o direito de juntar provas ao processo até a fase de interposição do recurso voluntário.

O Decreto n.º 70.235, de 1972, em seu artigo 9º, define o auto de infração e a notificação de lançamento como instrumentos de formalização da exigência do crédito tributário, quando afirma:

A exigência do crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento distinto para cada tributo.

Com nova redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993:

A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

O auto de infração e a notificação de lançamento por constituírem peças básicas na sistemática processual tributária, a lei estabeleceu requisitos específicos para a sua lavratura e expedição, sendo que a sua lavratura tem por fim deixar consignado a ocorrência de uma ou mais infrações à legislação tributária, seja para o fim de apuração de um crédito fiscal, seja com o objetivo de neutralizar, no todo ou em parte, os efeitos da compensação de prejuízos a que o contribuinte tenha direito, e a falta do cumprimento de forma estabelecida em lei torna inexistente o ato, sejam os atos formais ou solenes. Se houver vício na forma, o ato pode invalidar-se.

Ademais, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que quando o contribuinte revela conhecer as acusações que lhe foram impostas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante impugnação, abrangendo não só as questões preliminares como também as razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Da mesma forma, não procede à nulidade do lançamento argüida sob os argumentos de que o auto de infração não foi lavrado dentro dos parâmetros exigidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, ou seja, de que não observou de forma correta os documentos apresentados pelo contribuinte.

Inicialmente, verifica-se que para o recorrente foi concedido o prazo legal de 30(trinta) dias, a contar da ciência do auto de infração, para apresentar a impugnação, sendo-lhe assegurado vistas ao processo, bem como a extração de cópias das peças necessárias a sua defesa, caso quisesse, garantindo-se desta forma o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao procedimento fiscal realizado pela agente do fisco, verifica-se que foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

Verifica-se, ainda, que os Autos de Infrações lavrados, identificam por nome e CNPJ o autuado, esclarecem que foi lavrado na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém - PA, cuja ciência foi por AR e descrevem, as irregularidades praticadas e o seu enquadramento legal assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário, cumprindo o disposto no art. 142 do Código Tributário

Nacional - CTN, ou seja, o ato é próprio do agente administrativo investido no cargo de Auditor-Fiscal.

Não restam dúvidas de que o lançamento se deu em razão da imputação de omissão de receitas caracterizada pela diferença a maior entre valores de vendas de mercadorias e serviços da contribuinte, calculados conforme notas fiscais, e receitas declaradas em declaração de rendimentos.

Dos Autos de Infrações (fls. 06/28) é possível verificar, que o enquadramento legal e a narrativa dos fatos envolvidos permitem a perfeita compreensão do procedimento adotado, da base tributável apurada e do cálculo do imposto resultante, permitindo ao interessado o pleno exercício do seu direito de defesa.

Ora, o lançamento, como ato administrativo vinculado, celebra-se com estrita observância dos pressupostos estabelecidos pelo art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, cuja motivação deve estar apoiada estritamente na lei, sem a possibilidade de realização de um juízo de oportunidade e conveniência pela autoridade fiscal. O ato administrativo deve estar consubstanciado por instrumentos capazes de demonstrar, com segurança e certeza, os legítimos fundamentos reveladores da ocorrência do fato jurídico tributário. Isso tudo foi observado quando da determinação do tributo devido, através do Auto de Infração lavrado. Assim, não há como pretender premissas de nulidade do auto de infração, nas formas propostas pelo recorrente, neste processo, já que o mesmo preenche todos os requisitos legais necessários.

Da análise dos autos, constata-se que a autuação é plenamente válida.

Faz-se necessário esclarecer, que a Secretaria da Receita Federal é um órgão apolítico, destinada a prestar serviços ao Estado, na condição de Instituição e não a um Governo específico dando conta de seus trabalhos à população em geral na forma prescrita na legislação. Neste diapasão, deve agir com imparcialidade e justiça, mas, também, com absoluto rigor, buscando e exigindo o cumprimento das normas por parte daqueles que faltam com seu dever de participação.

Ademais, o Processo Administrativo Fiscal - Decreto n.º 70.235, de 1972 manifesta-se da seguinte forma:

Art. 59 - São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Como se verifica do dispositivo legal, não ocorreu, no caso do presente processo, a nulidade. O auto de infração foi lavrado e a decisão foi proferida por funcionários ocupantes de cargo no Ministério da Fazenda, que são as pessoas, legalmente, instituídas para lavrar e para decidir sobre o lançamento. Igualmente, todos os atos e termos foram lavrados por funcionários com competência para tal.

Ora, a autoridade lançadora cumpriu todos os preceitos estabelecidos na legislação em vigor e o lançamento foi efetuado com base em dados reais sobre a suplicante, conforme se constata nos autos, com perfeito embasamento legal e tipificação da infração

cometida. Como se vê, não procede à situação conflitante alegada pelo recorrente, ou seja, não se verificam, por isso, os pressupostos exigidos que permitam a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Haveria possibilidade de se admitir a nulidade por falta de conteúdo ou objeto, quando o lançamento que, embora tenha sido efetuado com atenção aos requisitos de forma e às formalidades requeridas para a sua feitura, ainda assim, quer pela insuficiência na descrição dos fatos, quer pela contradição entre seus elementos, efetivamente não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, ou seja, não restou provada a materialização da hipótese de incidência e/ou o ilícito cometido. Entretanto, não é o caso em questão, pois a discussão se prende a interpretação de normas legais de regência sobre o assunto.

É de se esclarecer, que os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. Por outro lado, quando a descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, tem-se o vício material. No presente caso, houve o perfeito conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas.

Além disso, o art. 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972, prevê que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 do mesmo Decreto não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Quanto à preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, argüida pelo recorrente, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, já que a autoridade julgadora teria deixado de se manifestar sobre pontos importantes levantados em sua peça impugnatória, sou pela rejeição pelos motivos abaixo expostos.

O recorrente sustenta que a decisão de primeira instância teria violado seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Isso porque, segundo o recorrente, os argumentos apresentados não foram devidamente enfrentados pelo julgador de Primeira Instância, merecendo portando, ser novamente apreciados em 2º. Grau. Alega, ainda, que o fato é que está provado que houve presunção no presente caso, devendo ser declarado nulo o presente processo.

Resta evidente que o lançamento foi realizado com base nos arts. 15 e 24, da Lei nº 9.249, de 1995; art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995 c/c art. 25, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996. Portanto, a alegação do contribuinte, no sentido de que os referidos dispositivos legais não subsidiariam o lançamento, é totalmente desgarrada da realidade.

Nesse ponto, é preciso ressaltar que o contribuinte qualifica como nula a decisão recorrida, por suposto prejuízo ao seu direito de ampla defesa e contraditório – o que violaria o devido processo legal.

Na análise da comparação entre os fundamentos constantes da peça acusatória e os fundamentos constantes da peça decisória, não vislumbro nenhuma

desconsideração ou inovação, por parte da autoridade julgadora, do conteúdo fundamental pela qual a autoridade lançadora procedeu ao lançamento.

A preliminar levantada pelo suplicante, data vênha, não tem nenhum cabimento, por qualquer ângulo que se pretende analisá-la. Acolher da forma como foi suscitada, seria atrelar o julgador à estrita vontade da autoridade lançadora ou à vontade do autuado. Ou seja, a autoridade julgadora seria obstada de fundamentar a sua própria decisão com base em textos legais ou de emitir juízo próprio, deste que, evidentemente, não contrário à lei.

Ora, a autoridade julgadora, através do voto do relator da matéria, se manifestou sobre as questões mais importantes do litígio, oferecendo o entendimento da Turma Julgadora, bem como a sua fundamentação.

Assim sendo, entendo que não se deva dar razão ao suplicante, já que a decisão de Primeira Instância, através do voto do relator da matéria, apreciou todos os fatos e desdobramentos contidos na imputação feita e objeto de resistência pelo recorrente, com argumentos equivalentes de modo a embasar a manutenção da pretensão tributária.

Somente a inexistência de exame de algum argumento apresentado pelo suplicante, na fase impugnatória, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa do impugnante ou o acréscimo de algum argumento que acarretasse mudança radical na decisão é que constituiria nulidade da decisão de Primeira Instância.

Ora, os autos demonstram, claramente, a infração imputada acompanhada da descrição dos fatos, a decisão de Primeira Instância é cristalina e se manifesta sobre os principais argumentos apresentados pelo suplicante em sua peça impugnatória. Estes são os principais fatos do processo em questão, e estes foram longamente debatidos pela decisão de Primeira Instância, talvez, não a contento do suplicante, ou seja, o resultado não foi como o suplicante gostaria que fosse.

No meu entender, não faz nenhum sentido a autoridade julgadora ficar rebatendo argumento por argumento, embasando a sua opinião em teorias jurídicas, textos legais e jurisprudenciais, principalmente, os que não teriam o poder de modificar a decisão da questão discutida, qual seja, a tributação com base em omissão de receitas.

É evidente, que o artigo 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, arrola a incompetência do agente e a preterição do direito de defesa, como hipóteses de nulidades dos atos praticados no curso do processo fiscal.

Da mesma forma, é evidente que a obediência plena ao direito de defesa, igualmente prescrito no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, exige o atendimento concomitante aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Não obstante, a infinidade de situações suscetíveis de ser compreendida no significado da expressão preterição do direito de defesa, ou do direito de ampla defesa é de tal amplitude que se faz necessário distinguir quando existe a falta de apreciação de prova ou argumento de defesa, bem como quando existe inovação no fundamento do lançamento, seja por inovação dos fundamentos legais, seja por alteração dos valores lançados.

Os artigos 29 e 30 do Decreto n.º 70.235, de 1972, dizem respeito, respectivamente, à liberdade da autoridade julgadora na apreciação das provas. É claro que essa liberdade, no entanto, não autoriza o julgador, ao seu talante, deixar de apreciá-las, pois isso certamente acarretará cerceamento do direito de defesa.

Por outro lado, deve-se ter presente, no entanto, que, o não enfrentamento de alguma questão levantada pelo impugnante, não necessariamente dá origem à preterição do direito de defesa, e por via de consequência, o nascimento do cerceamento do direito de defesa. Para que flore o cerceamento do direito de defesa, que seria uma condicionante para a nulidade da decisão de Primeira Instância, se faz necessário que esta questão tenha relevância, ou seja, tenha o poder de modificar algum item do decisório, não pode ser alegação por alegação, sem nenhuma importância no fato discutido. Como da mesma forma, o acréscimo de algum esclarecimento sem prejudicar a discussão, não torna, necessariamente, nula a decisão recorrida.

Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância, baseado no entendimento que a mesma foi proferida dentro dos parâmetros legais, abrangendo os fatos importantes relatados pelo suplicante, sem introdução de inovação em nenhuma das matérias que abrange o lançamento em discussão.

2 – DA OMISSÃO DE RECEITAS

O recorrente protesta ser necessária análise de todos os contratos firmados com os entes da administração pública, para por meio destes identificar o que é fornecimento de produto e o que é prestação de serviço, para que assim pudesse ser aferido o devido percentual do lucro presumido a ser cobrado sobre o faturamento da empresa. Aponta que uma análise das notas fiscais de fls. 73, 75, 79 e 268 do processo nº 10280.001422/2003-16, levaria a conclusão de que parte do que está sendo cobrado como prestação de serviços, na realidade, seria fornecimento de produto.

Ora, no caso de a pessoa jurídica que explora atividades diversificadas deverá ser aplicado especificamente, para cada uma delas, o respectivo percentual previsto na legislação, devendo, separadamente, serem apuradas as respectivas receitas (RIR/1999, arts. 518 e 519, § 3º). As notas fiscais de fls. 73, 75, 79 e 268 são, como se pode perceber de seu corpo e título, notas fiscais de serviço. Logo, a tributação deve ser feita de acordo com o percentual prescrito por lei para a prestação de serviços (32 %), visto que, mesmo constando o fornecimento de medidor e bateria no corpo das referidas notas fiscais, por constar também a prestação de serviço nestas mesmas notas sem a separação dos respectivos valores, deve-se aplicar o percentual mais elevado por força do parágrafo único do art. 528 do RIR/99 abaixo transcrito:

Art. 528. Verificada 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 nº 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder à percentual mais elevado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 1º).

Vale lembrar que as notas fiscais constantes do processo nº 10280.001422/2003- 16 são por si, provas contundentes da prestação de serviço e vendas de mercadorias, cabendo ao sujeito passivo fazer prova em contrário, inclusive trazendo aos autos os eventuais contratos que lhes deram origem.

A ADN COSIT n° 6/97 não se aplica ao caso presente já que declara:

I - Na atividade de construção por empreitada, o, percentual a ser aplicado sobre a receita bruta para determinação da base de cálculo do imposto de renda mensal será:

a) 8% (oito por cento) quando houver emprego, de materiais, em qualquer quantidade;

b) 32% (trinta e dois por cento) quando houver emprego unicamente de mão-de-obra, ou seja, sem o emprego de materiais.

II - As pessoas jurídicas enquadradas no inciso I, letra "a", deste Ato Normativo, não poderão optar pela tributação com base no lucro presumido.

O recorrente não provou que a origem das notas fiscais foi referente a atividade de construção por empreitada e se assim fosse, esta não poderia ter optado pelo lucro presumido tendo em vista o inciso II supra.

O recorrente acusa que a fiscalização teria partido de presunções para declarar a omissão de recolhimento de PIS, Cofins, IRPJ e CSLL, mas não se constata a utilização, pela fiscalização, de presunções, visto que as receitas omitidas foram detectadas pela diferença a maior entre valores de vendas de mercadorias e serviços do recorrente, calculados conforme notas fiscais, e receitas informadas em declaração de rendimentos. Logo, não houve a utilização de presunção, mas sim a tributação de receitas, detectadas através da emissão de notas fiscais por parte do recorrente. Não houve também a utilização pelo fisco de confissão de dívida do recorrente, visto que a emissão de notas fiscais é a prova mais cabal da ocorrência do faturamento da empresa, dispensando-se no caso qualquer confissão.

Por fim, também não pode prosperar a alegação de que se a fiscalização realmente tivesse feito o reexame do procedimento fiscal, poderia ter desconsiderado os valores declarados inconstitucionais relativos a base de cálculo do PIS e COFINS, visto que a fiscalização se pautou em receitas de vendas de mercadorias e serviços, ou seja, na receita bruta ou faturamento da empresa que é justamente a base de cálculo considerada constitucional do PIS e COFINS.

3 - DA MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC

Por fim, resta fazer alguns comentários sobre a aplicabilidade da multa de ofício e da cobrança dos juros moratórios com base na Taxa Selic

A denominada multa “ex-offício” é aplicada, de um modo geral, quando a Fiscalização, no exercício da atividade de controle dos rendimentos sujeitos à tributação, se depara com situação concreta da qual resulte falta de pagamento ou insuficiência no recolhimento do tributo devido. Vale dizer, a penalidade tem lugar quando o lançamento tributário é efetivado por haver o contribuinte deixado de cumprir a obrigação principal, e

dessa omissão, voluntário ou não, resulte falta ou insuficiência no recolhimento do imposto devido.

Convém, ainda, ressaltar que as circunstâncias pessoais da suplicante não poderão elidir a imposição de penalidade pecuniária, conforme prevê o artigo 136, do Código Tributário Nacional, que instituiu, no Direito Tributário, o princípio da responsabilidade objetiva, segundo a qual, a responsabilidade por infrações da legislação tributária depende da intenção do agente ou do responsável e da efetividade e extensão dos efeitos do ato.

Há que se destacar, ainda, que à autoridade fiscal cabe verificar o fiel cumprimento da legislação em vigor, independentemente de questões de discordância, pelos contribuintes, acerca de alegadas ilegalidades/inconstitucionalidades, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como previsto no art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Não há dúvidas de que se entende como procedimento fiscal à ação fiscal para apuração de infrações e que se concretize com a lavratura do ato cabível, assim considerado o termo de início de fiscalização, termo de apreensão, auto de infração, notificação, representação fiscal ou qualquer ato escrito dos agentes do fisco, no exercício de suas funções inerentes ao cargo. Tais atos excluirão a espontaneidade se o contribuinte deles tomar conhecimento pela intimação.

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto nº 70.235, de 1972. Em sintonia com o disposto no artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional, esses atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades próprias dos procedimentos de ofício. Além disso, o ato inaugural obsta qualquer retificação, por iniciativa do contribuinte e torna ineficaz consulta formulada sobre a matéria alcançada pela fiscalização.

Ressalte-se, com efeito, que o emprego da alternativa “ou” na redação dada pelo legislador ao artigo 138, do Código Tributário Nacional, denota que não apenas a medida de fiscalização tem o condão de constituir-se em marco inicial da ação fiscal, mas, também, consoante reza o mencionado dispositivo legal, “qualquer procedimento administrativo” relacionado com a infração é fato deflagrador do processo administrativo tributário e da conseqüente exclusão de espontaneidade do sujeito passivo pelo prazo de 60 dias, prorrogável sucessivamente com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, na forma do parágrafo 2º, do art. 7º, do Dec. nº 70.235, de 1972.

O entendimento, aqui esposado, é doutrina consagrada, conforme ensina o mestre FABIO FANUCCHI em “Prática de Direito Tributário”, pág. 220:

O processo contencioso administrativo terá início por uma das seguintes formas:

1. pedido de esclarecimentos sobre situação jurídico-tributária do sujeito passivo, através de intimação a esse;

2. representação ou denúncia de agente fiscal ou terceiro, a respeito de circunstâncias capazes de conduzir o sujeito passivo à assunção de responsabilidades tributárias;

3 - autodenúncia do sujeito passivo sobre sua situação irregular perante a legislação tributária;

4. inconformismo expressamente manifestado pelo sujeito passivo, insurgindo-se ele contra lançamento efetuado.

(...).

A representação e a denúncia produzirão os mesmos efeitos da intimação para esclarecimentos, sendo peças iniciais do processo que irá se estender até a solução final, através de uma decisão que as julguem procedentes ou improcedentes, com os efeitos naturais que possam produzir tais conclusões.

No mesmo sentido, transcrevo comentário de A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO em “Processo Administrativo Tributário”, 2ª Edição, págs. 88/89 e 90, tratando de Atos e Termos Processuais:

Mas é dos atos processuais que cogitamos, nestes comentários. São atos processuais os que se realizam conforme as regras do processo, visando dar existência à relação jurídico-processual. Também participa dessa natureza o que se pratica à parte, mas em razão de outro processo, do qual depende. No processo administrativo tributário, integram essa categoria, entre outros: a) o auto de infração; b) a representação; c) a intimação e d) a notificação

(...).

Mas, retornando a nossa referência aos atos processuais, é de assinalar que, se o auto de infração é peça que deve ser lavrada, privativamente, por agentes fiscais, em fiscalização externa, já no que concerne às faltas apuradas em serviço interno da Repartição fiscal, a peça que as documenta é a representação. Note-se que esta, como aquele, é peça básica do processo fiscal (...).

Portanto, o Auto de Infração deverá conter, entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável, a sua ausência implicará na invalidade do lançamento. A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigí-lo com acréscimos e penalidades legais.

É de se esclarecer, que a infração fiscal independe da boa fé do contribuinte, entretanto, a penalidade deve ser aplicada, sempre, levando-se em conta a ausência de má-fé, de dolo, e antecedentes do contribuinte. A multa que excede o montante do próprio crédito tributário, somente pode ser admitida se, em processo regular, nos casos de minuciosa

comprovação, em contraditório pleno e amplo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, restar provado um prejuízo para fazenda Pública, decorrente de ato praticado pelo contribuinte.

Por outro lado, a vedação de confisco estabelecida na Constituição Federal de 1988, é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico por inconstitucional. Além disso, é de se ressaltar, mais uma vez, que a multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal, não cabendo às autoridades administrativas estendê-lo.

Assim, as multas são devidas, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF., não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF., que se refere à garantia do direito de propriedade. Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência.

Ora, os mecanismos de controle de legalidade / constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, tal prerrogativa. É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

De qualquer forma, há que se esclarecer que o Imposto Renda da Pessoa Jurídica é um tributo calculado sobre as receitas tributáveis auferidas. Ou seja, é calculado levando-se em consideração as receitas tributáveis auferidas, não estando o seu valor limitado à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, os princípios constitucionais têm como destinatário o legislador na elaboração da norma, como é o caso, por exemplo, do princípio da Vedação ao Confisco, que orienta a feitura da lei, a qual deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco, cabendo à autoridade fiscal apenas executar as leis.

Da mesma forma, não vejo como se poderia acolher o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da multa de ofício e da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n.º 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

É meu entendimento, acompanhado pelos pares desta Turma de Julgamento, que quanto à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais, os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através do chamado controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados, na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

Se verdade fosse, que o Poder Executivo deva deixar aplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer o suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Ademais, matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Atualmente estas súmulas foram convertidas para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, pela Portaria CARF nº 106, de 2009 (publicadas no DOU de 22/12/2009), assim redigidas: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2)” e “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 (Súmula CARF nº 4).”

4 - TRIBUTAÇÃO DECORRENTE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL. PIS. COFINS

Como se infere do relato, a exigência da CSLL, PIS e COFINS decorrem do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

Em observância ao princípio da decorrência, e sendo certo a relação de causa e efeito existente entre o suporte fático em ambos os processos, o julgamento daquele apelo principal, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), deve, a princípio, se refletir nos presentes julgados, eis que o fato econômico que causou a tributação por decorrência é o mesmo e já está consagrado na jurisprudência administrativa que a tributação decorrente/reflexa deve ter o mesmo tratamento dispensado ao processo principal em virtude da íntima correlação de causa e efeito. Considerando que, no presente caso, o autuado não conseguiu elidir a totalidade das irregularidades apuradas, deve-se manter, em parte, o exigido no processo decorrente, que é a espécie do processo sob exame, uma vez que ambas as exigências que a formalizada no processo principal quer as dele originadas (lançamentos decorrentes) repousam sobre o mesmo suporte fático.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas pelo Recorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso.

JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator

JOSELAINE BOEIRA ZATORRE - Relatora 'ad hoc' designada para formalização do acórdão. Ressalto que não estou vinculada a conteúdo dessa decisão