



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

Processo n° 10280.721982/2009-78
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.871 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2017
Matéria IRPJ/CSLL - EMBARGOS INOMINADOS - TEMPESTIVIDADE - GLOSA DE DESPESAS
Recorrente ELITE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS INOMINADOS. LAPSO NA ANÁLISE DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES.

Havendo lapso manifesto na análise da tempestividade, acolhe-se os embargos inominados com efeitos infringentes para anular o Acórdão cujo recurso foi indevidamente não conhecido.

CONTAGEM DO PRAZO. INTEMPESTIVIDADE.

A interposição do recurso voluntário pode acontecer por meio dos Correios, hipótese em que o *dies ad quo* será a data de sua postagem na agência da Empresa de Correios e Telégrafos.

DILIGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência pleiteada pela defendente deve ser indeferida quando a análise das matérias controvertidas prescinde de produção de provas além das constantes dos autos.

PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Recurso voluntário sem apresentar nenhum argumento ou fato que fosse de encontro a decisão proferida a Recorrente não apresenta qualquer indignação contra os fundamentos da decisão supostamente recorrida ou a apresentação de motivos pelos quais deveria ser modificada, ferindo o princípio da dialeticidade, segundo o qual os recursos devem expor claramente os fundamentos da pretensão à reforma.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição, e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no §4º do art. 150 do CTN. De outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I, do CTN.

ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO.

Apresentada a pretensão fiscal munida de provas, cumpre ao contribuinte indicar fatos que desconstitua o lançamento mediante elementos que militem em seu favor. Deve o interessado contestar a autuação com meios de prova eficazes, apresentando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos em relação ao crédito tributário.

JUROS. TAXA SELIC.

Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar arguição de sua ilegalidade/inconstitucionalidade.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher em parte os segundos embargos recebidos como inominados e, dando-lhes efeitos infringentes para anular o Acórdão nº 1401-001.348, de 26 de novembro de 2014, conhecer do recurso voluntário, por tempestivo, para então rejeitar as preliminares de nulidade, afastar a decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator e Presidente

Processo nº 10280.721982/2009-78
Acórdão n.º **1401-001.871**

S1-C4T1
Fl. 1.308

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Abel Nunes de Oliveira Neto, José Roberto Adelino da Silva e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de segundos embargos interpostos por ELITE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA contra a decisão proferida nos primeiros embargos. Os primeiros embargos, por sua vez, contestaram a decisão do Acórdão nº 1401-001.348, de 26 de novembro de 2014, que, por unanimidade de votos, NÃO CONHECEU do recurso voluntário, por intempestivo, nos seguintes termos:

Conforme atesta o Aviso de Recebimento de fl. 1.250 - referente à Intimação de fls.1.227 como consignado expressamente nele, a ciência ocorreu em 01/07/2013 e o Recurso somente foi protocolizado em 08/08/2013, conforme o carimbo de protocolo às fls. 1552, superando em oito dias o prazo regulamentar de 30(trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Os primeiros embargos também foram considerados intempestivos, nos seguintes termos:

A pessoa jurídica foi cientificada da decisão deste Colegiado no dia 05 de março de 2015 (quinta-feira), conforme Aviso de Recebimento (fl. 1320 do e-processo), iniciando-se a contagem do prazo recursal em 06 de março de 2015, sexta-feira, e terminando no dia 10 de março (terça-feira), 5 (cinco) dias corridos.

A contribuinte, por sua vez, interpôs os presentes embargos em 19 de março de 2015, conforme carimbo constante dos seus embargos (fls.1.321 do e-processo), portanto, bem após o prazo de cinco dias, contados da ciência do resultado do julgamento desta Turma, conforme disciplina o artigo 65, § 1º, do Anexo II, do RICARF.

Porém nos segundos embargos trouxe provas de que os primeiros embargos estariam tempestivos uma vez que foram feitos via correio na data da postagem (10 de março-fls.1.347) e que a jurisprudência seria uníssima em considerar esse marco para efeito de contagem do prazo.

Foi verificado também que naqueles primeiros embargos trouxe também prova do mesmo quilate justamente provando ter ocorrido com o recurso a mesma situação de não se considerar a data da postagem (fls. 1349).

Em função da necessidade de possivelmente se analisar o mérito do recurso voluntário, transcreve-se abaixo o relatório completo da decisão de piso, para compor em parte este relatório:

Relatório

I - DO LANÇAMENTO

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, referente ao ano-calendário de 2004, com os lançamentos discriminados no quadro 1 a seguir (principal, multa e juros, calculados até 05.2009)

TRIBUTO	IMPOSTO- RS	JUROS DE MORA- RS	MULTA - RS	TOTAL RS
IRPJ	412.693,70	238.825,84	464.280,41	1.115.799,95
CSLL	157.209,73	90.977,27	176.860,94	425.047,94
TOTAL				1.540.847,89

A impugnante tomou ciência do auto de Infração em 03/07/09(fl. 877).

II- DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

2. A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária, a saber:

001 - CUSTOS E DESPESAS NÃO COMPROVADAS - GLOSA DE DESPESAS

1.1 - PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS - Os valores que constam na planilha anexada ao termo de início e para os quais a empresa não comprovou documentalmente os destinatários das importâncias são considerados fatos geradores do tributo fiscalizado, configurando-se, nos termos da legislação vigente, montantes pagos, devidos ou creditados a beneficiários não identificados, de acordo com art. 674 do RIR99.

. a empresa não justifica de forma alguma as despesas para as quais foi intimada, sendo inadmissível aceitar como comprovados os destinatários dos registros verificados na contabilidade.

Dessa forma, os valores elencados e para os quais não houve justificativa que elida a presunção de valores pagos a beneficiário não identificados, são fatos geradores dos tributos fiscalizados, ao mesmo tempo as despesas são glosadas na apuração do lucro líquido do exercício, haja vista tratar-se de empresa tributada sobre o lucro real e esses valores são artifícios utilizados para reduzir o lucro do exercício a que se refere este auto de infração, ano calendário 2004.

Os valores que constam na planilha anexada a este auto de infração são considerados não dedutíveis, a luz do Art 304 do RIR99.

1.3 - DO AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO

A penalidade aplicada foi agravada pela falta de apresentação de documentos solicitados pela fiscalização, nos termos de Lei 9430/96, resultando em multa de ofício de 112,5%.

III - DA IMPUGNAÇÃO

3 - Em 31/07/2009, a Empresa apresentou impugnação ao Auto de infração (fls. 1.218), e alega em síntese:

1 - DAS PRELIMINARES

1.1 - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inicialmente a Impugnada alega ser frágil a presunção, para se chegar a ilação no sentido de que existiram omissões de receitas.

Posteriormente, tece um estudo doutrinário acerca dos princípios constitucionais do devido processo legal, e da ampla defesa, citando grandes autores renomados da área.

E conclui:

No presente caso, há cerceamento de defesa da impugnante, com conseqüente violação ao devido processo legal administrativo, uma vez que o auto de infração foi lavrado com fundamento em depósitos bancários.

Ocorre, no entanto, que não houve juntamente com o auto de infração e termo de verificação fiscal, a apresentação de uma planilha com as contas correntes e os depósitos bancários - um a um - que foram utilizados como omissão de receitas e aplicada a presunção.

Não houve o encaminhamento desta descrição, razão pela qual há cerceamento ao pleno exercício do direito de defesa da impugnante.

Sem a explicitação de todos os elementos que serviram de fundamento, em especial, a demonstração, um a um, do porquê glosou as despesas e, principalmente, a ausência de comprovação, impossível se torna a efetiva defesa.(grifamos).

1.2 - DA DECADÊNCIA

Com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN a impugnante alega:

No caso em tela, o período entre janeiro e junho de 2004 foi atingido pela decadência, vez que a autuação somente foi deflagrada em 03 de julho de 2009; ou seja, após ter fluído mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores, sendo certo ainda que as contribuições previdenciárias estão sujeitas a modalidade de lançamento por homologação.

2 - DO MÉRITO - ELEMENTOS DE PROVA

Nulidade do arbitramento das bases de cálculo

Além de não ter observado o devido processo legal e o princípio da razoabilidade, é certo também que a autuação e, principalmente, o relatório fiscal padece de evidente contradição, o que provoca a nulidade do auto de infração.

Observe, Emérito Julgador, que a prova colhida dos autos é emprestada da lavratura de autos de infração para apuração de contribuições previdenciárias, sendo que consta da conclusão do Sr. Auditor Fiscal naqueles a autos.

Analisando-se esse trecho, a contradição mencionada resta evidente, pois , utilizam-se os valores escriturados pela Impugnante para aferição, indireta das bases de cálculo das contribuições previdenciárias, mas logo após afirma-se que a contabilidade não possui credibilidade e deve ser desconsiderada.

Desse modo, a nulidade do presente auto de infração é notória, de forma que merece ser reconhecida, mesmo porque, a presunção, em matéria tributária não é um

campo aberto sem qualquer tipo de limitação. Devem existir critérios legais, válidos e coerentes para estipulação da base de cálculo, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade e da tipicidade cerrada.

No caso em tela, a aferição indireta - que serviu de suporte para a presente autuação não está pautada em critério válido, vez que, como já afirmado, a fiscalização desconsiderou a contabilidade da empresa, e, ao mesmo tempo, utilizou dos dados escriturados nos Livros Diário e Razão para arbitrar as bases de cálculo. (grifamos).

Nulidade do arbitramento das despesas

Conforme exaustivamente debatido nos autos, inclusive quando, da fiscalização, a impugnante procurou demonstrar de todas as formas que os valores identificados às fls. do auto de infração, são despesas justificáveis, sendo, via de consequência, inaplicáveis as glosas efetuadas.

Isto porque, basta uma análise perfunctória dos documentos anexados às fls. 0378 e seguintes que acompanham o auto de infração (novamente anexadas) para se confirmar que grande parte dos valores apontados pela fiscalização foram perfeitamente identificados ou são identificáveis.

Soma-se a isso o fato de que a impugnante forneceu inclusive o número e a identificação dos cheques para que a autoridade administrativa (agente fiscal) pudesse fazer o seu trabalho, nos exatos limites do artigo 142 do CTN.

Aliás, em momento algum o D. Agente Fiscal questiona a efetiva existência das despesas, limitando-se a questionar a forma como as mesmas foram comprovadas.

O que se quer dizer com isso é que, uma vez analisada a contabilidade da empresa (livros diário e razão) e identificados os pagamentos a beneficiários diversos, com os respectivos comprovantes de pagamentos, frisa-se novamente anexados aos autos (fls. 378 e seguintes), caberia ao agente fiscal diligenciar, mediante a expedição de ofício ao BACEN, acesso à movimentação bancária, etc, para fins de comprovar que todos os lançamentos contábeis são imprestáveis. (grifamos)

Já assertiva possui maior valor se considerarmos que a postura do agente fiscal foi feita através da contabilidade da própria empresa, ou seja, a contabilidade serviu de parâmetro para malsinada autuação, não sendo a mesma desconsiderada.

Finalmente, para sepultar a pretensão fiscal, a exigência contida [no auto de infração somente teria validade se: i) houvesse a comprovação da efetiva entrega dos recursos aos citados beneficiários não identificados e; ii) a efetiva comprovação de que não houve a operação que motivou o pagamento.

PRIMEIRO: AS NOTAS FISCAIS, RECIBOS, NÚMEROS. DE CHEQUES, E DEMAIS DOCUMENTOS COMPROVAM A LEGITIMIDADE DAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA EMPRESA E, EM DECORRÊNCIA DESSE FATO D. AGENTE FISCAL QUEDOU-SE INERTE EM COMPROVAR A ENTREGA DOS RECURSOS AOS SUPOSTOS BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS.

Mais que isso, quando do lançamento tributário, era ônus da fiscalização elencar todos os elementos de prova aptos a demonstrar a ocorrência do fato gerador, nos exatos termos do artigo 142 do CTN.

Conceito constitucional de renda e lucro. A glosa de despesas

Portanto, somente ocorrerá o fato gerador do Imposto sobre a renda quando houver um plus ao patrimônio daquele que está a receber a renda ou os proventos de qualquer natureza.

'Assim, toda a despesa deve ser abatida para cômputo da renda e do lucro, sob pena desacordo com o disposto no artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, bem como com o disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Em tais condições, forçosa a insubsistência do auto de infração lavrado, sendo, de conseguinte, nula a autuação, por ofensa ao artigo 153, inciso III, 195,1, "c", da Constituição Federal, bem como ao artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Da Presunção de Omissão de Receitas, ônus da prova.

O auto de infração impugnado, em verdade, encontra fundamento em mera presunção, eis que, utiliza-se de indício de que inexistem comprovações, quando em verdade tudo foi devidamente escriturado pela legislação vigente, tendo-se, ainda, respaldo em documentação idônea, apresentada na presente fiscalização, bem como naquela de contribuições previdenciárias, amplamente citada no relatório fiscal.

Ocorre, porém, que, no presente caso, a autoridade administrativa lavrou auto de infração tendo, exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, sem demonstrar, cabalmente, como era de sua competência, os elementos que compõem o fato jurídico tributário.

Destarte, não basta a simples presunção levantada pela autoridade administrativa de que houve omissão de receitas, com base em análise perfunctória de extratos bancários. (grifamos)

É preciso que a fiscalização apresente ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SEGUROS da suposta omissão de receitas, o que não foi feito. Estamos, indubitavelmente, diante de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta à Impugnante, que é arbitrário, inadmissível e ilegal. (grifamos)

Comprovação das despesas

Ao contrário, do exposto no relatório fiscal, desde a fiscalização de contribuições previdenciárias, eis que os valores foram devidamente escriturados e comprovados.

Sem embargo disso, para demonstrar que o equívoco na glosa das despesas dedutíveis de IRPJ e CSII, a Impugnante junta à presente impugnação vários documentos, a saber:

- a) contratos firmados com clientes e notas fiscais emitidas, para acobertar as respectivas prestações de serviço;
- b) notas fiscais e recibos demonstrando a realização de despesas para o exercício das atividades empresariais.

De fato, esses documentos comprovam amplamente que a alegada ausência de demonstração de despesas realizada pelo Fisco não procede.

Isso porque a escrituração lançada na contabilidade está amparada em documentos fiscais idôneos (notas e recibos), de forma que, se não fosse concedido um prazo muito exíguo para apresentação dos mesmos, é certo que a autuação nem teria sido levada a efeito.

Como ficou demonstrada a origem das despesas lançadas na contabilidade mediante a juntada dos inclusos documentos, fica afastada a presunção iuris tantum do Fisco de que inexistem comprovações, cabendo a este o ônus de afastar uma a uma as documentações apresentadas e escrituradas, sob pena de se reconhecer a improcedência do lançamento.

Em tais condições, é de se cancelar o Auto de Infração porque os inclusos documentos demonstram as despesas indicadas pelo Fisco (total ou parcialmente), impondo, assim, o afastamento da glosa realizada.

3 - DOS JUROS SELIC APLICADOS

os juros moratórios constantes do auto de infração também possuem

caráter de indenização, tendo por pressuposto a mora, ou seja, agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinando-se a apenar a mora.

a sua adoção como supostos juros "moratórios" (sic) é expediente ilegal e

inconstitucional, pois desnatura por completo o pressuposto e a finalidade desta espécie de juros; a TAXA SELIC, da forma como existente e calculada hoje, não guarda qualquer correlação lógica com a recomposição do patrimônio lesado, pela falta do tributo não pago, como se busca nos juros moratórios.(grifamos)

4 - DAS MULTAS APLICADAS - DA RAZOABILIDADE - DA PROPORCIONALIDADE - DO CONFISCO.

Por outra banda, as multas aplicadas, no auto de infração, ofendem aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV) e da proibição do confisco (art. 150, inciso IV), previstos na Constituição Federal.(grifamos).

Isto porque, o valor da multa de 112% é de evidente irrazoabilidade e confisco.

Ao menos, há de se reduzir a multa de 112,5% para 75%, uma vez que não se justifica a aplicação de multa qualificada por força de eventual glosa das despesas contabilizadas.

Em momento algum há de se entender que o simples fato de não se conseguir comprovar parte das despesas é fraude capaz de conduzir a multa superior ao percentual de 75%.

Por outro lado, não houve qualquer descrição no relatório fiscal do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro da conduta realizada pela impugnante que seria dolosa e tipificaria alguns dos tipos previstos na Lei n. 4.502/62. bem como no Art 44 da Lei n. 9.430/96. O relatório fiscal somente cita o trecho da lei, sem justificar claramente o comportamento causador da majoração da multa. (grifamos)

5 - DO PEDIDO

Em face do exposto, requer seja acolhida a presente Impugnação, especialmente, julgando improcedente o lançamento tributário, tendo em vista qual insubsistência, como medida de legalidade.

Acaso não se acolha o entendimento pela impossibilidade de presunção, pelo princípio da verdade material, requer a baixa dos autos para diligência.

Informa, finalmente que o instrumento procuratório já fora juntado quando do procedimento fiscalizatório.

6 - DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIÁRIAS MENCIONADAS

Para consubstanciar as suas argumentações a Impugnante mencionou julgados administrativos e judiciais.

7 - DAS DOCUMENTAÇÕES ANEXADAS À IMPUGNAÇÃO

- Cópias de cheques;
- Recibos de aluguel;
- Notas de restaurantes;
- Cupons Fiscais;
- Notas Fiscais de supermercados;
- Notas Fiscais de prestação de serviços - Hotel;
- Notas Fiscais de Auto peças;
- Recibos diversos;
- Tikets de passagens;
- Conhecimentos de fretes;
- Recibos de Recisão de Contratos;
- Recibos de pagamentos de custas judiciais;
- Recibos de pagamentos de patrocínios à atleta;
- Notas fiscais de Materiais elétricos;
- Alterações Contratuais.

É o relatório.

abaixo: A DRJ MANTEVE EM PARTE os lançamentos, nos termos das ementas

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2004
DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. As decisões judiciais, com efeito inter partes, não podem ser aplicadas a outros casos.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos lançamentos por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição, e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no §4º do art. 150 do CTN. De outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I, do CTN.

ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. Apresentada a pretensão fiscal munida de provas, cumpre ao contribuinte indicar fatos que desconstitua o lançamento mediante elementos que militem em seu favor. Deve o interessado contestar a autuação com meios de prova eficazes, apresentando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos em relação ao crédito tributário.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO

Na cabe a marajora da multa de ofício, quando a Auditoria não comprova os pressupostos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, para sua efetivação.

JUROS. TAXA SELIC. Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar arguição de sua ilegalidade/inconstitucionalidade.

DILIGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência pleiteada pela defendente deve ser indeferida quando a análise das matérias controvertidas prescinde de produção de provas além das constantes dos autos.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

No caso a DRJ desagravou a multa de ofício.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF de fls. 1.252 a 1.300

Processo nº 10280.721982/2009-78
Acórdão n.º **1401-001.871**

S1-C4T1
Fl. 1.317

Em juízo prelibatório, o presidente considerou presente os requisitos de admissibilidade e submeteu os referidos embargos, recebidos como inominados o fossem, a teor do art. 66 do RICARF e submeteu à apreciação da Turma.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

RICARF

Conheço dos segundos embargos por se tratar de lapso manifesto a teor do art. 66 do

A embargante faz o seguinte relato:

- 1) Apresenta-se recurso voluntário que é julgado intempestivo;
- 2) Apresenta-se embargos declaratórios, demonstrando que o recurso voluntário anteriormente apresentado é tempestivo;
- 3) Os embargos declaratórios são julgados intempestivos; e através dos presentes embargos se comprova que o recurso voluntário anteriormente apresentados e os embargos declaratórios não são intempestivos.

Nos primeiros embargos, o despacho de admissibilidade não conheceu dos embargos, nos seguintes termos:

A pessoa jurídica foi cientificada da decisão deste Colegiado no dia 05 de março de 2015 (quinta-feira), conforme Aviso de Recebimento (fl. 1320 do e-processo), iniciando-se a contagem do prazo recursal em 06 de março de 2015, sexta-feira, e terminando no dia 10 de março (terça-feira), 5 (cinco) dias corridos.

A contribuinte, por sua vês, interpôs os presentes embargos em 19 de março de 2015, conforme carimbo constante dos seus embargos (fls.1.321 do e-processo), portanto, bem após o prazo de cinco dias, contados da ciência do resultado do julgamento desta Turma, conforme disciplina o artigo 65, § 1º, do Anexo II, do RICARF.

Porém, nos segundos embargos a embargante trouxe provas incontestas (anexos aos segundos embargos) da tempestividade tanto dos primeiros embargos quanto do recurso voluntário. No caso os primeiros embargos foram postados nos correios em 10/03/2015, conforme carimbo do AR em anexo aos segundos embargos. Na cópia (verso) está consignado também o seu conteúdo: Embargos declaratórios no processo nº 10280.721982/2009-78.

Uma vez provado o lapso manifesto da análise dos primeiros embargos, passa-se a análise do seu conteúdo que aponta a mesma natureza do erro cometido na análise da tempestividade dos primeiros embargos.

O despacho que não o admitiu analisou a tempestividade do recurso voluntário nos seguintes termos:

(...)

Conforme atesta o Aviso de Recebimento de fl. 1.250 - referente à Intimação de fls.1.227 como consignado expressamente nele, a ciência ocorreu em 01/07/2013 e o Recurso somente foi protocolizado em 08/08/2013, conforme o carimbo de

protocolo às fls. 1552, superando em oito dias o prazo regulamentar de 30(trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

(...)

Porém, novamente, a embargante trouxe provas incontestes (anexos aos segundos embargos e aos primeiros) da tempestividade do recurso voluntário.

No caso, a ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 01/07/2013, mas o Recurso foi protocolizado não em 08/08/2013, como constou no despacho de admissibilidade, mas na data de 29/07/2013, conforme carimbo da data da postagem do AR de fls.1.326 E 1.349, portanto, dentro do prazo de 30 dias da ciência.

Outrossim, a jurisprudência do CARF a longo que é uníssima em sustentar o entendimento de que interposição de recursos pode acontecer por meio dos correios, hipótese em que o *dies a quo* será a data de sua postagem na agência dos correios:

3403-002.766 Acórdão

Número do Processo: 13204.000065/2004-42

Data de Publicação: 20/03/2014

Contribuinte: ALUNORTE ALUMINA DO NORTE DO BRASIL S/A

Relator(a): IVAN ALLEGRETTI

Ementa: Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/04/2004 a 30/04/2004 RECURSO VOLUNTÁRIO.

PROCOLO PELOS CORREIOS. POSSIBILIDADE.

CONTAGEM DO PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. ADN 19/1997 C/C ART. 33 DO PAF. A interposição do recurso voluntário pode acontecer por meio dos Correios, hipótese em que o *dies ad quo* será a data de sua postagem na agência da Empresa de Correios e Telégrafos. No entanto, a postagem, realizada a título de interposição, deve acontecer dentro do prazo de 30 dias, contados da notificação do acórdão. A interposição depois de ultrapassado tal prazo implica na intempestividade do recurso.

Diante do exposto, e verificando que houve lapso manifesto na análise da tempestividade dos primeiros embargos, ACOELHO EM PARTE os segundos embargos recebidos como inominados e, dando-lhes efeitos infringentes para ANULAR o Acórdão nº **1401-001.348**, de 26 de novembro de 2014, de forma que agora passo a conhecer- do recurso voluntário e analisar o seu mérito.

ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A matéria em debate aqui é apenas a glosa de despesas.

Afora em relação ao argumento relacionado à beneficiário não identificado, em que a Recorrente faz um pequeno adendo e que será enfrentado à parte, fazendo ouvido de mercador aos argumentos da DRJ e assim repete literalmente as mesmas razões impugnatórias em sede recursal, contentando-se em repetir as mesmas justificativas que foram já reportadas para a DRJ, sem o mínimo cuidado de tentar infirmá-las.

Veja-se o alerta da decisão de piso a respeito do equívoco cometido pela Impugnante, ora Recorrente:

Como já mencionamos acima, Impugnante, na maior parte da sua defesa, se defende de lançamento de **presunção de omissão de receitas**, decorrentes de **depósitos bancários não comprovados**, o que é um grande equívoco, pois a autuação fundamentou-se na **glosa de despesas/custos por escrituração de despesas não comprovadas e pagas a beneficiários não identificados**.

Apesar de alertado repete literalmente os mesmos trechos que denotam esse equívoco.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório garantem ao defendente o direito de tomar conhecimento de tudo o que consta nos autos e de se manifestar a respeito, trazendo para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Apesar desses princípios se caracterizarem como direitos dos contribuintes, estão implícitos nos mesmos, também deveres, de forma a regulamentar o processo para que chegue a um fim. Nesse passo, é inerente ao princípio do contraditório que o processo deva caminhar através de um caráter dialético que perpassa, se for o caso, as duas instâncias do Processo Administrativo Fiscal.

Dessa forma, é imperioso, em acontecendo de a lide atingir a segunda instância, que se ofereçam razões ou contra-argumentações claras e específicas contra não somente a manutenção do lançamento, mas também levando em consideração, um mínimo que seja, o que ficou dito na decisão de primeira instância, mormente em se tratando de matéria probatória, como é o caso. Isso porque as contradições ou erros ainda por ventura existentes por ocasião da decisão de primeira instância devem ser apontadas especificamente para que a instância *ad quem*, tome conhecimento, e se for o caso, corrija-os e supere-os pela sua atividade sintetizadora de órgão revisor.

Dessa forma, em vista das explicações escuras da decisão de piso e do que se colocou nos parágrafos anteriores, adoto como parte das razões de decidir os fundamentos utilizados pela decisão de piso, abaixo reproduzidos, uma vez que não foram infirmados em sede recursal:

I - DAS PRELIMINARES

01 - Da Tempestividade e da Admissibilidade

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que regulamentou o Processo Administrativo Fiscal, em seu artigo 15, limitou o prazo para apresentação da impugnação em 30 (trinta) dias contados da data de intimação da exigência fiscal.

Como a impugnação foi apresentada no prazo tempestivo, e preencheu os requisitos de admissibilidade do artigo 16 do Decreto n.º 70.235/1972, dela tomo conhecimento.

02 - DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

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. 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.

Neste sentido, o inciso II do artigo 100 do CTN determina que:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...].

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

Veja-se também o Parecer Normativo CST n.º 390/1971:

Entenda-se aí que, não se constituindo em norma legal geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquela objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova relação o contribuinte parte no processo de que decorreu a decisão daquele colegiado.

Logo, mesmo que o Conselho de Contribuintes, hoje Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tenha decidido reiteradas vezes sobre determinada questão, pode a autoridade administrativa da Delegacia de Julgamento ter outro entendimento, salvo na hipótese de edição de súmula administrativa, na forma do artigo 26-A do Decreto 70.235/1972, incluído pela Lei nº 11.196/2005.

03 - DAS DECISÕES JUDICIAIS

As decisões prolatadas em âmbito judicial, quando relacionadas a casos concretos e sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Portanto, vinculam apenas as partes envolvidas no litígio, não sendo possível a extensão de seus efeitos, de forma genérica, a outros casos.

Ressalva deve-se fazer em relação à existência de decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em discussão. Como de conhecimento, o Supremo pode decidir tanto em casos abstratos quanto em casos concretos.

Se a decisão houver sido prolatada em um caso abstrato, o seu efeito é erga omnes e vincula todo o Poder Executivo. Nesse caso, a decisão em âmbito administrativo estaria vinculada ao entendimento do Supremo.

De outra forma, se a decisão houver sido prolatada em um caso concreto, conforme enunciado proposto, esta, em regra, vincula apenas as partes envolvidas no

litígio. Nessa situação, a princípio, as instâncias administrativas de julgamento não estão vinculadas ao entendimento do Pretório Excelso.

A vinculação de decisão do STF no controle incidental de constitucionalidade somente ocorrerá nas situações previstas em lei, quais sejam, súmulas vinculantes e Resoluções do Senado Federal.

Ressalta-se que o entendimento está em harmonia com o previsto no inciso I do §6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, incluído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que fixa o seguinte comando:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6o O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Isso porque, ao se aplicar o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, não se estaria estendendo decisões proferidas em caso concreto a processos em julgamento, mas, sim, afastando-se a aplicação de ato normativo considerado inconstitucional.

Neste sentido a jurisprudência pacífica do CARF:

Acórdão 204-03311 (Sessão de 01/07/2008)

Trecho de Ementa; APLICAÇÃO IMEDIATA DE DECISÃO DO STF PROFERIDA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA. As decisões proferidas pelo STF no controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica só tem efeito entre as partes, não podendo ser estendida aos demais contribuintes, a não ser que o Legislativo reconheça a inconstitucionalidade da norma por meio de Resolução do Senado Federal.

Acórdão 102-49018 (Sessão de 24/04/2008)

Trecho de Ementa: SENTENÇAS JUDICIAIS. EFEITOS. As decisões judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

Mesmo em relação ao entendimento e às súmulas (não vinculantes) dos Tribunais Superiores, data venia sua respeitabilidade, não submete o administrador em seus julgados, já que não faz parte da legislação tributária de que tratam os arts. 96 e 100 do CTN. Diferentemente seria se tratasse de súmulas vinculantes, mas tais comandos jurisprudenciais não foram trazidos pelo(a) impugnante.

04 - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inicialmente a Impugnada alega ser frágil a presunção, para se chegar a ilação no sentido de que existiram omissões de receitas.

Posteriormente, tece um estudo doutrinário acerca dos princípios constitucionais do devido processo legal, e da ampla defesa, citando grandes autores renomados da área.

E conclui:

No presente caso, há cerceamento de defesa da impugnante, com conseqüente violação ao devido processo legal administrativo, uma vez que o auto de infração foi lavrado com fundamento em depósitos bancários.

Ocorre, no entanto, que não houve, juntamente com o auto de infração e termo de verificação fiscal, a apresentação de uma planilha com as contas correntes e os depósitos bancários - um a um - que foram utilizados como omissão de receitas e aplicada a presunção.

Não houve o encaminhamento desta descrição, razão pela qual há cerceamento ao pleno exercício do direito de defesa da impugnante.

Sem a explicitação de todos os elementos que serviram de fundamento, em especial, a demonstração, um a um, do porquê glosou as despesas e, principalmente, a ausência de comprovação, impossível se torna a efetiva defesa.(grifamos).

Pelas alegações acima, verifica-se que a Impugnante começa se defendendo de lançamento de presunção de omissão de receitas, decorrentes de depósitos bancários não comprovados, o que é um grande equívoco, pois a autuação originou-se de glosa de despesas/custos por escrituração de despesas não comprovadas e pagas a beneficiários não identificados.

Em relação à nulidade, há de se constatar que todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração, a saber:

Art.10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número

de matrícula.

No tocante aos aspectos relativos a nulidade dos atos que compõem o processo fiscal, destaque-se o estabelecido pelo artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 6 de março

de 1972:

Art. 59. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Verifica-se, pelo exame do processo, que não ocorreram os pressupostos supracitados, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal, servidor competente para efetuar o lançamento, perfeitamente identificado pelo nome, matrícula e assinatura em todos os Atos emitidos pelo mesmo, no decorrer do procedimento fiscal.

O atuado, por outro lado, teve conhecimento da existência do citado procedimento fiscal, tendo sido concedido aos mesmos o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, já na fase de instrução do processo, em resposta às intimações que receberam argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização. Por fim, o contribuinte tomou ciência do mesmo, exercendo amplamente o seu direito de defesa, conforme impugnação recebida e conhecida de fls. 881/925.

Do exposto, na ausência de qualquer prejuízo para o sujeito passivo, inclusive para sua defesa, passaremos analisar a decadência e posteriormente as razões de mérito.

05 - DA DECADÊNCIA

Com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN a impugnante alega:

No caso em tela, o período entre janeiro e junho de 2004 foi atingido pela decadência, vez que a autuação somente foi deflagrada em 03 de julho de 2009;

ou seja, após ter fluído mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores, sendo certo ainda que as contribuições previdenciárias estão sujeitas a modalidade de lançamento por homologação.(grifamos)

Não concordamos com a Impugnante, então vejamos:

Legislação

Sobre a decadência, assim determina o artigo 150 e 173 do CTN:

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

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

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

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

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

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

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

A decadência constitui uma das hipóteses de extinção do crédito tributário a que se refere o art. 156 do CTN, cuja regra geral foi definida no art. 173 do CTN. Já nos casos em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar-se à atuação da autoridade administrativa para constituição do crédito tributário, interpretando a legislação aplicável para apurar o montante e efetuar o recolhimento do tributo ou contribuição devidos, o prazo decadencial foi definido em cinco anos a contar da data do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

O professor Alberto Xavier, em seu livro "Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário", 2a. Edição, Rio de Janeiro, Forense, afirma à página 93, "... O artigo 150, parágrafo 4º., pressupõe um pagamento prévio - e daí que ele estabeleça um prazo mais curto, tendo como dies a quo a data do pagamento, dado que este fornece, por si só, ao Fisco uma informação suficiente para que permita exercer o controle. O artigo 173, ao contrário pressupõe não ter havido pagamento prévio - e daí que alongue o prazo para o exercício do poder de controle, tendo como dies a quo não a data da ocorrência do fato gerador, mas o exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado..."

Assim, é de suma importância que fique caracterizada a antecipação do pagamento como forma de se ter dado conhecimento à autoridade fiscal da atividade exercida pelo obrigado. A partir daí o Fisco pode exercer o controle sobre os pagamentos feitos pelos contribuintes e apoiado pelas informações gerenciais que devem ser recebidas para subsidiar o trabalho fiscal, identificar eventuais insuficiências nos pagamentos do imposto.

Neste sentido, havendo pagamento prévio do imposto, ainda que a menor, aperfeiçoa-se sob condição resolutória, o lançamento por homologação, nos dizeres

do parágrafo 4º, do artigo 150 do CTN, tendo o Fisco cinco anos a contar do fato gerador para exercer o seu poder de controle.

Tanto o IRPJ quanto os demais tributos lançados em decorrência dos fatos apurados na fiscalização do IRPJ, quais sejam, o IRRF, a contribuição para o PIS, a Cofins e a CSLL, são da modalidade por homologação, eis que em relação a todos eles a Lei atribui ao contribuinte o dever de apurar e pagar o tributo antes de qualquer iniciativa da autoridade administrativa. Portanto, se submetem às regras decadenciais previstas no § 4º do art. 150 do CTN.

Vê se que o CTN estabeleceu para os tributos lançados por homologação o prazo decadencial de cinco anos a contar do fato gerador, porém ressaltou à lei fixar prazo diverso do que foi estabelecido no § 4º do art. 150. Nesse sentido, apesar de ter sido editada a Lei 8.212, de 24/07/1991, determinando em seu art. 45 o prazo decadencial para as contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, como é o caso da contribuição para o PIS, da Cofins e da CSLL, componentes do orçamento da seguridade social, como sendo de 10 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal -STF no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 556.664/RS, nº 559.882/RS e nº 560.626/RS, interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região.

A manifestação do STF nos mencionados Recursos Extraordinários levou, inclusive, a que fosse aprovada a Súmula Vinculante nº 8, de sugestão do Ministro Cezar Peluso, cujo texto determina, in verbis:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Assim, tendo em vista que, na forma dos art. 103-A da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 11.417, de 19/12/2006, as Súmulas emitidas pelo STF têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, deixo de aplicar o prazo decadencial de 10 anos previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91 com relação à contribuição para o PIS, a Cofins e a CSLL, para entender que as referidas contribuições também se submetem ao mesmo prazo decadencial aplicável aos demais tributos sujeitos ao lançamento por homologação, que é de 5 anos contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Pagamento e forma de tributação

A interessada optou pelo lucro real anual, cujo fato gerador é anual para IRPJ e CSLL, conforme DIPJ/2005, relativa ao ano-calendário de 2004. A contribuinte efetuou alguns recolhimentos de IRPJ e CSLL.

Mesmo que utilizássemos a regra estampada no § 4º do art. 150 do CTN, mais benéfica ao Contribuinte, não ocorreu a decadência, pois a interessada optou pelo lucro real anual, cujo fato gerador é anual para IRPJ e CSLL, e o lançamento poderia ter sido efetuado a partir de 01/01/2005, com o término do prazo do quinquenal em 31/12/2009. Como o lançamento foi cientificado em 03/07/2009, anterior a esta data, não restando, portanto, caracterizada a ocorrência de extinção do crédito tributário por decadência para o IRPJ e

CSLL.

Após esta conclusão passaremos a julgar as questões de mérito.

II - DO MÉRITO

1 - DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS NA IMPUGNAÇÃO

Em relação aos pedidos de nulidade já foram analisados no item apropriado acima.

Como já mencionamos acima, Impugnante, na maior parte da sua defesa, se defende de lançamento de presunção de omissão de receitas, decorrentes de depósitos bancários não comprovados, o que é um grande equívoco, pois a autuação fundamentou-se na glosa de despesas/custos por escrituração de despesas não comprovadas e pagas a beneficiários não identificados.

A regra impõe à autoridade fiscal o dever de investigação e de comprovação do ilícito apontado na peça do lançamento, a saber, parte final do art. 9.º do Decreto 70.235/72, com a redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993 ("A exigência do crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas 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."). Destaquei.

Como se nota do teor dos termos lavrados pela autoridade tributária no curso da ação fiscal, a investigação recaiu sobre os Livros Razão e Diário escriturados pela própria empresa, onde foram confirmadas escrituração de despesas pagas a beneficiários não identificados.

Por ter estas características a Auditoria intimou a Fiscalizada a comprovar estas despesas, o qual não o fez.

Na sua peça impugnatória informou que anexou os documentos abaixo citados, e que estes justificariam o equívoco da Fiscalização ao glosar as despesas dedutíveis:

- a) contratos firmados com clientes e notas fiscais emitidas, para acobertar as respectivas prestações de serviço;
- b) notas fiscais e recibos demonstrando a realização de despesas para o _ exercício das atividades empresariais.

Ao analisarmos os documentos trazidos pela Defendente, verificamos:

- Que os documentos existentes foram os elencados no III- 6 do Relatório parte integrante deste voto;
- No item a acima a Impugnante menciona documentos firmados com clientes e notas fiscais emitidas. Ora, primeiro não constam estes documentos mencionados, e mesmo que houvesse, dar a impressão que a impugnante está se defendendo de auto de infração originado por omissão de receitas;
- Em relação à infração apresentada, nos autos, tratar-se de glosa de despesas por falta de comprovação, que é de fácil verificação concernente à forma de comprovação, como vejamos:

Por exemplo: Se o Contribuinte escriturou uma despesa de R\$ 1.000,00, em sua contabilidade, em uma determinada conta, quando solicitado pelo Fisco a sua comprovação, a Fiscalizada deverá apresentar um ou mais documentos que comprovam a sua existência, trazendo consigo as suas características de acordo com o grupo de contas a que pertencem, e valores coincidentes, é o que chamamos de documentos hábeis e idôneos.

Ao contrário do que afirma, na sua impugnação, a Impugnante anexou vários documentos desconexos com os valores informados em sua contabilidade, objeto do lançamento, o que levou a própria Auditoria, na sua análise constante no Relatório Fiscal (fls. 68/69) verificar que documentos apresentados referiam-se a outras despesas escrituradas e não as despesas glosadas em litígio.

Com muito esforço, não chegamos a nenhuma conclusão de que os documentos acostados na Impugnação dizem respeito aos comprovantes dos valores glosados pela Fiscalização.

A empresa não se desincumbiu do ônus de comprovar a ilegitimidade do lançamento efetuado já que poderia ter trazido aos autos documentos hábeis e idôneos que comprovassem as despesas glosadas, como não o fez, conclui-se pela manutenção dos Autos conforme lavrados.

2 - DA TAXA SELIC - INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE

A recorrente sustenta a inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC, como em síntese abaixo menciona:

os juros moratórios constantes do auto de infração também possuem

caráter de indenização, tendo por pressuposto amora, ou seja, agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinarido-se a apenar a mora.

a sua adoção como supostos juros "moratórios" (sic) é expediente ilegal e

inconstitucional, pois desnatura por completo o pressuposto e à finalidade desta espécie de juros; a TAXA SELIC, da forma como existente e calculada hoje, não guarda qualquer correlação lógica com a recomposição do patrimônio lesado, pela falta do tributo não pago, como se busca nos juros moratórios.(grifamos)

Primeiramente, há de se considerar que o art. 161, § 1º, do CTN ressalvou a possibilidade aplicação da taxa de juros com base em lei ordinária.

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

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

O art. 61 da Lei nº 9430/96, por sua vez, determinou que:

Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação

específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

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

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

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

O § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/96, por seu turno, dispôs que:

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Nesse sentido, a incidência de juros de mora, sobre débitos de natureza tributária, a partir de 01/01/1997, com base na taxa SELIC, que a impugnante reputa inaplicável, por ofensa a princípios constitucionais, está prevista no § 3º do art. 61 c/c § 3º do art. 5º da Lei nº. 9.430, de 1996, diploma legal fruto da emanção da vontade do Poder Legislativo Nacional, cuja elaboração seguiu o processo legislativo constitucionalmente previsto. Tem, portanto, a seu favor, a presunção de legitimidade que é própria das leis.

Acontece que as autoridades administrativas não são competentes para se manifestar a respeito da constitucionalidade das leis, seja porque tal competência é conferida ao Poder Judiciário, seja porque as leis em vigor gozam da presunção de constitucionalidade, restando ao agente da administração pública aplicá-las, a menos que estejam incluídas nas hipóteses de que trata o Decreto nº. 2.346, de 1997, ou que haja determinação judicial em sentido contrário beneficiando o contribuinte, o que não é o caso.

Ressalto que a autoridade administrativa se encontra totalmente vinculada aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº. 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional -CTN). A esta autoridade, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia dos preceitos legais considerados, pelo sujeito passivo, como inconstitucionais e/ou ilegais.

No mais, a utilização da taxa de juros SELIC, para fim tributário, é definido por lei específica, qual seja a Lei nº 9.430/96, não sendo aplicadas, portanto, as disposições da legislação extravagante.

3 - DAS MULTAS APLICADAS - DA RAZOABILIDADE - DA PROPORCIONALIDADE - DO CONFISCO.

[DRJ DESAGRAVOU A MULTA]

(...)

É inaplicável o conceito de confisco e de ofensa à capacidade contributiva em relação à aplicação da multa de ofício.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, § 1º, determina que os impostos serão graduados em função da capacidade contributiva do contribuinte. E mais, em seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Ocorre que tributo não deve ser confundido com penalidade.

O princípio que norteia a imputação penal, cujo caráter é agressivo, tem o condão de compelir o contribuinte a se afastar de cometer atos ou atitudes lesivos à coletividade. Nesse linha, tem-se orientado o Conselho de Contribuintes:

"CONFISCO - A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal". (Ac. 10242741, sessão de 20/02/1998).

"MUITA DE OFICIO - A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela lei n.º 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN". (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997).

Outrossim, a aplicação de multa de ofício (regulamentar, qualificada ou agravada) está devidamente fundamentada na legislação tributária (art. 44 da Lei nº 9.430/96). Pelo que, as alegações de ofensa aos princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade não podem ser oponíveis às autoridades administrativas, posto que estas se encontram totalmente vinculadas aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN).

Em verdade, de acordo com o parágrafo único do art. 142 do CTN, a autoridade fiscal encontra-se limitada ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de ultrapassar tais restrições para examinar questões outras como as suscitadas na impugnação em exame. Cabe ao julgador administrativo simplesmente seguir a lei e obrigar seu cumprimento.

Assinale-se que tal é a determinação do Parecer Normativo da COSIT/SRF nº 329/1970:

Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Por fim, o art. 7.º da Portaria MF nº 58/2006 determina que a autoridade julgadora administrativa deve observar o conteúdo das disposições legais, bem como o entendimento da Receita Federal expresso em atos tributários.

III - DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

A diligência pleiteada pela defendente deve ser indeferida, pois a análise das matérias controvertidas prescinde de produção de provas além das constantes dos autos. Como veremos:

Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de pleitear a realização de diligências e perícias, em conformidade com o artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis (art. 18, caput, do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993).

A realização de diligência e perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado e/ou esclarecimento de fatos considerados obscuros no processo. Todavia, elas não integram o rol dos direitos subjetivos do autuado, podendo o julgador, se justificadamente entendê-las prescindíveis, não acolher o pedido.

No presente caso, tais motivos são inexistentes. Desta forma, e em conformidade com o artigo 18, caput, do Decreto nº 70.235, de 1972, indefiro os pedidos de diligência, por considerá-la prescindível para o julgamento da presente lide.

IV- DO LANÇAMENTO REFLEXO - CSLL - DECORRÊNCIA.

Quando há harmonia entre as provas e irregularidades que ampararam os lançamentos do IRPJ e da contribuição social, o que foi decidido em relação àquele, no que couber, é aproveitado no lançamento desta.

Como se viu, na impugnação a defesa empenhou-se em tentar provar a glosa de despesas com documentação completamente desarticulada.

Em recurso voluntário neste tópico a recorrente centra sua força no fato de que a fiscalização inverteu o ônus da prova. Tratando-se de elementos positivos como receita o ônus inicial e a carga de prova é toda do fiscal, mas tratando-se de elementos negativos como despesas, o ônus de provar a existência da despesa é do contribuinte.

No caso concreto, conforme foi demonstrado pela DRJ, os elementos probantes trazidos em fase impugnatória são desconexos. E como é praxe do colegiado, não se admite prova a simples juntada de provas desconexas e incompletas como fez a defesa. É preciso fazer precisamente a ligação dos elementos que se deseja provar. A prova deve estar perfeitamente articulada com o auto de infração, descortinando-se a partir dela de forma sucinta e objetiva todas as conexões existentes com o infração que se deseja infirmar. Esse ônus não é do julgador, nem do autuante, mas sim da recorrente.

Nesse contexto, o que a Recorrente denomina de simples presunções, na verdade é efeito de ela própria não desempenhar o seu ônus probante e dessa forma se subsumir à norma da lei.

Veja-se o argumento abaixo como demonstra claramente o erro de raciocínio e desconsideração de que o ônus nesse caso é da Recorrente:

No caso dos autos, estamos diante de simples presunções. Apesar de deter competência para tal mister a prova irrefutável não foi realizada pelo Fisco, no sentido de demonstrar que a movimentação do dinheiro e as supostas remessas ao exterior foram realizadas pela empresa, qual seja, a quebra do sigilo bancário e a expedição de ofícios às instituições financeiras para apuração do ocorrido e o retorno ou não do dinheiro ao Brasil.

Processo nº 10280.721982/2009-78
Acórdão n.º **1401-001.871**

S1-C4T1
Fl. 1.332

A Recorrente também parece intencionar defender-se de uma suposta infração relacionada ao pagamento a beneficiários não identificados ou sem causa. Ora a acusação é apenas de glosa de despesas. Referida. O fiscal apenas robusteceu a sua prova relacionada à glosa de despesas com o fato de que nem a prova de que nem a prova do que pagou (causa) ou para quem pagou a recorrente consegue responder, conforme tabela constante do TVF.

Diante do exposto, e verificando que houve lapso manifesto na análise da tempestividade dos primeiros embargos, ACOELHO EM PARTE os segundos embargos recebidos como inominados e, dando-lhes efeitos infringentes para ANULAR o Acórdão nº **1401-001.348**, de 26 de novembro de 2014, CONHECER do recurso voluntário para então REJEITAR as preliminares de nulidade, AFASTAR a decadência e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto