



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO COSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Recurso nº : 157.198
Matéria : IRPJ E OUTRO – Exs.: 1999, 2000
Recorrente : CONSTRUTORA MARQUISE SA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Sessão de : 07 DE NOVEMBRO DE 2007
Acórdão nº : 107-09.219

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não é nulo o auto de infração lavrado por pessoa competente e que possui todos os requisitos necessários à sua formalização.

SUSTENTAÇÃO ORAL. JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Na legislação que cuida do Processo Administrativo Fiscal, não há previsão para sustentação oral em sessão de julgamento de primeira instância.

PERDAS EM APLICAÇÕES FINANCEIRAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Ante a falta de comprovação, com documentos hábeis e idôneos, confirma-se a glosa de despesas relativas a alegadas perdas em aplicações financeiras. Não estando caracterizado o evidente intuito de fraude, reduz-se a multa a 75%.

DECADÊNCIA.IRPJ. PAGAMENTO DE DÍVIDAS DOS SÓCIOS.

Por não preencherem os requisitos da necessidade e usualidade, não são dedutíveis as despesas relativas a pagamento de dívidas dos sócios da pessoa jurídica.

CSSL - DECADÊNCIA – A Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, em conformidade com os arts. 149 e 195, § 4º, da Constituição Federal, têm natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, no RE Nº 146.733-9-SÃO PAULO, o que implica na observância, dentre outras, às regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a contagem do prazo decadencial da CSSL se faz de acordo com o Código Tributário Nacional no que se refere à decadência, mais precisamente no art. 150, § 4º.

CSLL - As despesas comprovadas com base em documentação hábil e idônea não são adicionadas à base de cálculo da contribuição, ainda que consideradas desnecessárias às atividades da empresa.

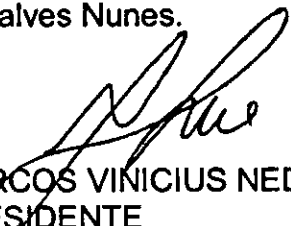
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CONSTRUTORA MARQUISE SA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência do IRPJ em relação à glosa de despesa do exterior. Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência de CSLL em relação à glosa de despesas do exterior, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Jayme Juarez Grotto (Relator), Albertina Silva Santos de Lima e Luiz Martins Valero. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da exigência de CSLL a glosa de despesa de encargos não necessários, vencidos os Conselheiros Jayme Juarez Grotto, Albertina Silva Santos de Lima e Marcos Vinicius Neder de Lima. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes.



MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE



CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 07 DEZ 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: HUGO CORREIA SOTERO, LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Recurso nº : 157.198
Recorrente : CONSTRUTORA MARQUISE SA.

RELATÓRIO

Em apreciação recurso voluntário interposto pela empresa Construtora Marquise SA – CNPJ nº 07.950.702/0001-85 - contra a decisão prolatada no Acórdão nº 8.423, de 28 de abril de 2006, da 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Fortaleza, que considerou procedente o lançamento.

Trata-se de autos de infração de IRPJ e CSLL, que exige o crédito tributário total de R\$ 17.570.813,95 (fls. 532/578).

As infrações que deram causa ao lançamento foram as seguintes:

01 – GLOSA DE DESPESAS OPERACIONAIS RELATIVAS A PERDAS POR APLICAÇÕES FINANCEIRAS NO EXTERIOR NÃO COMPROVADAS – R\$ 10.704.4244,20 – Fato gerador 31/12/1998.

Em extenso arrazoado no Termo de Constatação e Verificação Fiscal, demonstra o Fisco os fundamentos de fato e de direito da glosa supra, com elementos de convicção e provas levantadas que demonstram a INEXISTÊNCIA do “ato formal e material” concernente à alegação de “aplicação financeira em Bolsas de Mercado de Risco e/ou de Futuros ou Instituições congêneres no exterior”.

Foi aplicada multa qualificada, de 150%, pelo evidente intuito de fraude.

Enquadramento legal nos arts. 195, I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/1994.

02 – CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO NECESSÁRIOS - R\$ 5.663.577,00 – Fato gerador 31/12/1999



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Como relatado no Termo de Verificação Fiscal, a glosa refere-se a despesa contabilizada a título de "Perda por Operação de Crédito", que o Fisco apurou decorrer de assunção de dívida por liberalidade, divida essa originária de dívida particular dos sócios da autuada.

Enquadramento legal nos arts. 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/99.

Não se conformando com a autuação, a empresa apresentou a impugnação acostada às fls. 519/530, alegando o seguinte, conforme síntese elaborada pelo relator da decisão de primeira instância:

1. As infrações imputadas à Impugnante.

1. Na ação fiscal ora impugnada são imputadas à Impugnante duas infrações à legislação tributária concernentes ao Imposto de Renda, que teriam ocorrido em 1998 e 1999, respectivamente, a saber:

a) Perda em Operação Financeira no Exterior; e

b) Perdas por Créditos/Ogunjá Transportes Ltda.

1.2. Tais imputações, com fundamento nas quais os agentes fiscais que as subscrevem pretendem lançar de ofício diferenças do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica insubsistentes, por duas razões preliminares indiscutíveis e da maior relevância, a saber: a) foram feitas com fundamento em prova colhida ilicitamente e que por isto mesmo não tem nenhuma utilidade no processo administrativo, como em nenhum outro; e b) porque uma delas diz respeito a fatos ocorridos em 31.12.1998 e está, portanto, atingido pela decadência, nos termos do § 4º do art. 150, do Código Tributário Nacional, o direito que poderia ter a Fazenda Pública de fazer o respectivo lançamento.

1.3. Realmente, não se pode deixar de levar em consideração que os fatos de que se cuida chegaram ao conhecimento do fisco federal através da quebra de sigilo bancário, não autorizada por decisão judicial que tenha decorrido de solicitação procedida em um procedimento fiscal específico no âmbito da Secretaria da Receita Federal, nem por qualquer outro meio válido no que concerne aos dados da Impugnante. E, ainda, que em se tratando de fatos ocorridos em 31.12.1998, o direito de lançar que poderia ter a Fazenda Pública está definitivamente extinto pela decadência, como se passa a demonstrar.

2. Da decadência

2.1. Conforme consta no auto de infração, está sendo exigido o pagamento de diferenças de IRPJ e de CSLL, a maior parte com base na glosa de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

despesas deduzidas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, relativa ao ano-calendário de 1998.

2.2. O lançamento do Imposto de Renda e da CSLL é feito "por homologação". Assim, não pode o fisco revisar o lançamento desses tributos depois de transcorrido prazo superior a cinco anos, contados do respectivo fato gerador, porque extinto esse seu direito pela decadência (parágrafo único, do art.149, c/c art. 150, §4º do CTN).

2.3. Nesse sentido é o entendimento do Colendo Primeiro Conselho de Contribuintes, a saber:

"IRPJ-DECEDÊNCIA LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - O Imposto de renda pessoa jurídica se submete à modalidade de lançamento por homologação, eis que é exercida pelo contribuinte a atividade de determinar a matéria tributável, o cálculo do Imposto e pagamento do quantum devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Assim, o fisco dispõe de prazo de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador para homologá-lo ou exigir seja complementado o pagamento antecipadamente efetuado, caso não se cuide da hipótese de sonegação, fraude ou conluio (ex vi do disposto no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN)."

2.4. No caso de que se cuida a Impugnante fez a apuração do IRPJ e da CSLL incidentes sobre os fatos geradores ocorridos em 31.12.1998, efetuou o pagamento desses tributos e apresentou ao fisco as respectivas declarações, com todos os elementos necessários e suficientes à homologação do lançamento. Essa homologação ocorreu tacitamente, no prazo fixado no § 4º do art. 150, do CTN, ou seja, 31.12.2003. Aqueles créditos tributários de IRPJ e CSLL, portanto, restaram definitivamente extintos. No caso, a consumação do prazo de decadência para rever esse procedimento da Impugnante é indiscutível (RIR/99 art.899).

2.5. Destaque-se que neste caso não se aplica a ressalva prevista para os casos de dolo, fraude ou simulação. Realmente, não obstante o esforço hercúleo dos agentes fiscais para justificar tão severo enquadramento, como a verdade termina sempre sendo encontrada os elementos indicadores de que não existiu o alegado propósito de fraude estão no próprio "Termo de Constatação e Verificação Fiscal", conforme será demonstrado no final desta peça.

3. No mérito

3.1. Além da indevida violação ao sigilo bancário da Impugnante e da decadência, que por si só tornam nulo o lançamento em causa, no mérito a ação fiscal ora impugnada é improcedente, porque a desconsideração pela autoridade administrativa, de atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, a pretexto de que os mesmos constituem forma de planejamento tributário, ou elisão fiscal, ainda está a depender da edição de lei ordinária disciplinando os procedimentos a serem para esse fim adotados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

3.2. É certo que a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, acrescentou parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, no qual autoriza a autoridade administrativa a "desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária". Entretanto, essa mesma norma exige que sejam "observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".

3.3. Assim, enquanto não editada lei ordinária regulando os procedimentos a serem adotados para a desconsideração, pela autoridade administrativa, de atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte e que possam influir no surgimento da obrigação tributária ou na determinação do valor do tributo, tal desconsideração não é juridicamente possível.

3.4. No caso de que se cuida o auto de infração ora impugnado nada mais fez do que desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados pela Impugnante, a pretexto de que tais atos teriam a finalidade de dissimular o recebimento de recursos por ela emprestados e que na verdade foram aplicados, tendo dessa aplicação resultado a perda que o fisco se recusa a aceitar. Ocorre que a desconsideração desses atos e negócios jurídicos, segundo expressa determinação do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, depende de um procedimento especial que a lei ordinária ainda não estabeleceu. É a lição autorizada do Professor Hugo de Brito Machado:

"Seja como for, note-se que a desconsideração de atos e negócios jurídicos, pela autoridade administrativa, com fundamento no parágrafo único, de seu art. 116, depende de um procedimento especial, próprio para esse fim, a ser ainda estabelecido.

Com efeito, no projeto enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo a norma que a final converteu-se no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional tinha redação ou pouco diferente. Em vez de referir-se a procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária, fazia referência, em sua parte final, a procedimentos estabelecidos em lei.

Qual seria o significado efetivo dessa mudança ?

Primeiro, ficou claro que a lei disciplinadora dos procedimentos é a ordinária. Isto, porém, já estava implícito, até porque uma referência à lei, sem qualificação, já induz essa idéia. Seja como for, ficou afastada qualquer dúvida quanto à espécie normativa na qual devem estar previstos os procedimentos a serem adotados pela autoridade administrativa para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Segundo, ficou claro também que não se trata de nenhum procedimento já previsto em lei, mas de procedimentos especificamente destinados a viabilizar a prática da atividade administrativa de desconsideração dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

referidos atos ou negócios jurídicos. A expressão a serem estabelecidos o diz claramente.

Como consequência tem-se que a vigência da norma do parágrafo único do art. 116, do CTN, com redação dada pela LC 104, somente será plena quando entrar em vigor a lei ordinária na mesma referida. É uma norma cuja aplicação depende da disciplina, em lei ordinária, dos procedimentos a serem observados pela autoridade administrativa".

3.5. Note-se que o fiscal autuante, embora discorra de forma abundante e eloqüente em tomo da teoria das provas, deixa de lado um aspecto da maior importância. É o de que o ônus da prova cabe precisamente a quem alega o fato. Não a quem o nega. E em emaranhado de argumentos desconexos tenta esconder que é ele, fiscal autuante, que está afirmando haver a ora Impugnante recebido todo o numerário que antes remeteu para o exterior. Remessa esta comprovada com registros do Banco Central, e aceitas pacificamente pelo fisco.

3.6. O fato relevante é que a Impugnante na verdade não recebeu de volta os recursos que aplicou. A saída desses recursos está comprovada. O retorno, porém, deu-se apenas de pequena parcela que a Impugnante conseguiu recuperar das aplicações que fez e nas quais sofreu o significativo prejuízo que o fisco insiste em não admitir. E nessa mesma linha o fiscal autuante alega ter ocorrido o retorno dos recursos antes remetidos ao exterior. Afirma, simplesmente, mas não faz nenhuma prova, como lhe cabia, pois se trata de alegação sua.

3.7. No final da exposição em que tenta justificar a exigência de imposto de renda sobre valor que na verdade constituiu perda sofrida pela impugnante, diz o fiscal autuante que a impugnante, com procedimentos reprováveis, tentando dissimular o fato real do recebimento (por qualquer meio que não o alegado) dos recursos que emprestara à BOSITOWN, fato ensejador da quitação que outorgara ao devedor, e auferindo a Construtora resultado indevido pela dedutibilidade de valor na sua escrituração por fato que não logrou comprovar.

3.8. Na verdade a remessa do valor total do numerário aplicado está sobejamente comprovada. Assim como está comprovada a sua aplicação. E o retorno da pequena parcela que a impugnante conseguiu recuperar. Tudo isto está bem comprovado e não foi posto em dúvida (docs. 03 e 04). O que não está comprovado, e nem podia estar mesmo comprovado porque não ocorreu, é o retorno do restante do valor aplicado. Esse retorno não se deu porque a perda sofrida é uma realidade indiscutível. Mas o fisco, no auto de infração, afirma ter havido esse retorno "por qualquer meio que não o alegado" (sic). Não oferece, porém, qualquer prova por mais frágil que seja, dessa alegação.

3.9. O que de fato se constata é que o fisco não admite que o contribuinte do imposto de renda sofra prejuízos. Sempre alega serem os mesmos simulados. Seria na verdade maravilhosa a vida dos empresários se as coisas acontecessem sempre como afirma o fisco. Se sempre os lucros fossem facilmente obtidos e jamais ocorressem prejuízos. Infelizmente a verdade não é essa. Os



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

prejuízos são inevitáveis em muitas operações e o que não se pode admitir é a imposição de imposto de renda sobre valores que na verdade não foram ganhos.

3.10. No caso presente existem dois fatos que o fisco se recusa a considerar. Primeiro a entrega pela BOSITOWN FINANCE CORP. S.A. à SECURITIES TRADING S.A. GINEBRA- SUIÇA, dos valores pertencentes à ora Impugnante, fato que é comprovado inclusive por declaração expressa fornecida pela empresa BOSITOWN FINANCE CORP. S.A. à Impugnante (doc. 03). Segundo, o fato da perda na aplicação feita pela SECURITIES TRADING S.A. – GINEBRA - SUIÇA, conforme extratos e boletos anexos (doc. 04). Esses fatos resultam de negócios jurídicos que o fisco teima desconsiderar, quando ainda nem existe a lei ordinária exigida pelo art. 116, parágrafo único, do CTN, autorizando a autoridade administrativa a proceder a essa desconsideração.

3.11. É importante acrescentar que a impugnante, diante da perda sofrida em sua aplicação financeira, pretendeu acionar a empresa SECURITIES TRADING S.A. - GINEBRA SUIÇA para obter o ressarcimento correspondente, e somente não o fez porque foi desaconselhada por profissional especializado nessa área de trabalho, como se vê da correspondência enviada à impugnante pelo advogado GIOVANNI BOSSI (doc.05). Se fizesse despesas tentando recuperar o que perdeu poderia estar apenas aumentando o valor do prejuízo e o fisco certamente não admitiria esse gasto.

3.12. Resta evidente, portanto, a inconsistência da primeira glosa de despesa contida no auto de infração.

3.13. Do mesmo modo é improcedente a pretensão de lançar imposto de renda sobre o valor correspondente a perda reconhecida por crédito no país. E aqui mais uma vez o fisco desconsiderou atos e negócios jurídicos realizados pela ora impugnante, por entender que assumir dívidas de seus sócios "não é necessário, usual e tampouco normal, na forma do art. 299 do RIR/99."

3.14. Importa, porém, considerar-se três aspectos fundamentais da questão. Primeiro o de que a perda, nesse caso, é de realidade indiscutível, tanto que nem sequer foi questionada pelos signatários do auto de infração. Segundo o de que ainda não foi editada a lei ordinária disciplinando os procedimentos a serem adotados para a desconsideração de atos e negócios jurídicos realizados pelo contribuinte, como já ficou nessa impugnação demonstrado. E terceiro o de que o empresário, e não o fisco, é que sabe o que é necessário fazer para sobreviver no mundo empresarial.

3.15. É certo que nos termos do Regulamento do Imposto de Renda são dedutíveis as despesas necessárias e normais. E são necessárias as despesas pagas ou incorridas para realizar os negócios ou operações exigidos pela atividade do contribuinte. E são normais as despesas usuais no tipo de negócio, operações ou atividades do contribuinte. Os conceitos de necessário, e de normal, todavia, devem ser entendidos nos seus devidos termos. É necessária toda e qualquer despesa que seja inerente, concernente, vinculada, de algum modo relacionada com a atividade produtora da renda tributável. É normal toda e qualquer despesa que seja justificável.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

no tipo de atividade desenvolvida pelo contribuinte. Ainda que de ocorrência eventual, não ordinária ou excepcional. A não ser assim nenhuma empresa subsistiria em nosso país.

3.16. Realmente, admitir que o fisco passa ser o juiz da necessidade, ou não, de arcar a empresa com determinado custo, ou despesa, para que possam ser o custo ou a despesa dedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto de renda terminaria por autorizar a fiscalização a limitar o número de empregados, o valor dos salários, e muito mais, ao argumento de que o número de empregados mantidos pela empresa seria desnecessário, assim como desnecessário o pagamento de salários do montante pago, e tudo o mais. Quem decide quanto ao número de empregados, e quanto ao valor dos salários, não pode ser o fisco, e sim o empresário. Parte-se do pressuposto de que nenhum empresário gasta além do necessário. Isto, aliás, faz parte do próprio fundamento do mundo capitalista.

3.17. O que importa, portanto, é a realidade do gasto, custo ou despesa. Provado que o mesmo é real, efetivamente ocorreu, não há como excluí-lo na determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica que o realizou.

3.18. No caso de que se cuida o ônus assumido pela ora impugnante foi absolutamente necessário, e absolutamente normal, no tipo de atividade que desempenha é que é fonte geradora da renda tributável. O fato de assumir a dívida e de fazer uma composição para quitá-la teve por fim tão só e exclusivamente preservar a credibilidade da empresa impugnante, sem o que esta não continuaria a exercer as atividades que exerce, nem a obter a renda que nessas atividades normalmente obtém.

3.19. Realmente, a Impugnante normalmente participa de licitações públicas, precisa de financiamentos bancários e pratica outros atos para os quais tem absoluta necessidade de se manter com credibilidade intocável. Se não assumisse a dívida em questão, e não a honrasse, com certeza não teria como continuar operando, e lucrando, como normalmente faz. Destaque-se que os sócios da Impugnante não teriam como honrar a referida dívida e perderiam as suas certidões negativas, que também são exigidas nos processos licitatórios que a Impugnante participa.

3.20. Ressalte-se que o fato de haver assumido e honrado uma dívida bancária, que na ação fiscal ora impugnada está sendo considerada ilegítima, não acarretou nenhum prejuízo para a Fazenda Nacional. Se não tivesse honrado a dívida em questão o valor correspondente se integraria como elemento negativo no resultado da instituição financeira credora, do que resultaria diminuída a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL daquela instituição, calculado, aliás, por alíquota maior do que a aplicável no cálculo do imposto devido pela impugnante. Agindo como agiu a impugnante, a base de cálculo do seu imposto resultou diminuída, mas em contrapartida o valor correspondente foi tributado em poder da instituição financeira titular do crédito em questão.

3.21. Seja como for, o relevante é constatar-se que a perda foi real. Decorreu de atos e negócios jurídicos efetivamente praticados, como aliás está descrito



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

no auto de infração ora impugnado. E que não podiam ser desconsiderados pelo fisco, à míngua de lei ordinária que estabeleça os procedimentos para esse fim necessários, nos termos do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

4. Da inexistência de fraude

4.1. A Impugnante repele com energia a alegativa de que teria havido intuito de fraude no seu procedimento de apuração dos tributos em causa.

4.2. Realmente, todos os fatos afirmados pelos ilustres fiscais signatários do auto de infração foram colhidos em livros e documentos normalmente a eles oferecidos pela Impugnante. A própria descrição de tudo o que ocorreu, motivando a exigência fiscal de que se cuida, feita no auto de infração ora impugnado, autoriza a conclusão de que no caso não houve evidente intuito de fraude. Tudo consta de documentos e de registros contábeis. Nada foi escondido. O que se questiona é se tais fatos têm, ou não, o significado tributário que o fisco lhes está agora atribuindo. Nada mais. Logo, não se pode falar sequer de fraude. Muito menos de evidente intuito de fraude, a justificar a penalidade exacerbada.

4.3. Outro não é, aliás, o entendimento do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, que por sua Segunda Câmara assim já decidiu:

"IRPF - MULTA AGRAVADA Não se justifica o agravamento da multa, quando não comprovado nos autos o evidente intuito de fraude e materialização do ilícito. Documento apresentado ao Fisco quando este pode verificar seu acerto, não constitui fraude nem justifica a aplicação da multa qualificada."

4.4. No mesmo sentido já decidiu também a Primeira Câmara do mesmo Conselho de Contribuintes, em julgado que porta a seguinte ementa:

"IRPJ - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO - Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da operação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação, não há como qualificar se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão e não de evasão ilícita."

4.5. No caso de que se cuida a Impugnante apresentou aos ilustres fiscais toda a documentação que lhes permitiu interpretar os fatos do modo mais conveniente para o fisco. Nada ocultou. Não praticou nenhum ato ilícito. Não falsificou nenhum documento.

4.6. Isso por si só retira qualquer possibilidade de dolo por parte da Impugnante, que nunca teve a intenção de fraudar o fisco ou quem quer que fosse. Sempre agiu às claras e certa da correta aplicação do direito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

4.7. Não é razoável, portanto, a imputação de práticas com evidente intuito de fraude a darem ensejo à pena exacerbada, pelo que deve ser afastada a multa de 150%.

5. Dos pedidos

5.1. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada posterior de documentos, requisição de informações, perícias técnicas, tudo desde logo requerido.

5.2. Por todas as razões aqui expostas a Impugnante pede a Vossa Senhoria que julgue improcedente a ação fiscal de que se cuida, ou se não o fizer, pelo menos reduza a penalidade para os padrões coerentes com a própria descrição dos fatos albergada pelo auto de infração.

Analisando o feito, a 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Fortaleza julgou procedente o lançamento, conforme Acórdão nº 8.423, de 28 de abril de 2006 (fls. 613/645), cuja ementa tem a seguinte dicção:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998, 1999

Ementa: GLOSA DE DESPESAS. COMPROVAÇÃO E REQUISITOS LEGAIS.

Somente são admissíveis, em tese, como dedutíveis, despesas que, além de preencherem os requisitos de necessidade, normalidade e usualidade, apresentarem-se com a devida comprovação, com documentos hábeis e idôneos.

DESPESAS NÃO COMPROVADAS. GLOSA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IRPJ/CSL.

Os lançamentos contábeis da escrituração da pessoa jurídica devem estar assentados em documentação hábil e idônea. A falta de comprovação de despesas contabilizadas que reduzam a base de cálculo do IRPJ e da CSL enseja o lançamento de ofício decorrente da glosa de seus montantes.

PERDAS NO RECEBIMENTO DE CRÉDITOS.

As perdas no recebimento de créditos havidos por assunção de dívidas de terceiros não são dedutíveis na apuração do lucro real, por não decorrerem das atividades da própria pessoa jurídica.

NULIDADE. PROVA ILÍCITA. DOCUMENTO REMETIDO ATRAVÉS DE CPI DO SENADO.

É lícita a prova encaminhada ao Fisco em atendimento a CPI do Senado.

DECADÊNCIA: ANO-CALENDÁRIO DE 1999



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA DA CSLL

O prazo decadencial para o lançamento da CSLL é de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme disposto no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

Tendo em vista a superveniência da preclusão temporal, é rejeitado o pedido de apresentação posterior de provas, pois o momento propício para a defesa cabal é o da oferta da peça impugnatória, não sendo o caso de exceções previstas no estatuto processual tributário.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

Constatada a existência de simulação nos atos opostos ao Fisco para fins de incidência tributária, esta deve recair sobre os negócios jurídicos verdadeiramente buscados e alcançados pelas partes. Nessa hipótese, aplica-se a multa qualificada de 150%.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO.

Aplica-se à exigência dita reflexa o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

Cientificada em 10/07/2006 (fl. 652), a empresa apresentou recurso voluntário em 04/08/2006 (fls. 653/676), articulado da seguinte forma, em síntese:

a. levanta preliminar de nulidade da decisão recorrida, por ter sido realizada em seção secreta, sem que fosse assegurado à impugnante o direito de fazer, por seu advogado, a defesa oral perante a Turma Julgadora. Diz que a Constituição Federal garante a ampla defesa e a publicidade dos julgamentos, enquanto que a Lei nº 9.784, de 1999 – que se aplica subsidiariamente, na omissão do Decreto nº 70.235, de 1972 -, estabelece que os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição, e que tais atos devem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

ser realizados preferencialmente na sede do órgão, cientificando-se o interessado se outro for o local de realização do julgamento;

b. levanta também a preliminar de decadência, alegando ser insustentável a tese levantada na decisão de primeiro grau, de que, em se tratando de lançamento de imposto de renda com base no lucro real na disciplina do art. 2º e seu parágrafo 3º da Lei nº 9.430, de 1976, o prazo de decadência teria de ser o estabelecido no art. 173, I, do CTN. Diz que a partir da vigência da Lei nº 8.383, de 1991, o imposto de renda das pessoas jurídicas passou a ser determinado pela modalidade de lançamento por homologação, independentemente da sistemática de sua apuração – lucro presumido, lucro real trimestral ou real anual –, tendo o início da contagem do prazo decadencial a data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;

c. argui que não se pode, no caso de que se cuida, falar em dolo, fraude ou simulação, mesmo porque a voto condutor do acórdão recorrido não diz uma única palavra para demonstrar em que se consistiu a simulação que alega qualificar a infração, deixando de analisar ou responder o que foi dito na impugnação para sustentar a ausência de dolo, fraude ou simulação;

d. reafirma que nada escondeu ou tentou esconder do conhecimento do Fisco. Tudo quanto foi alegado pelos autuantes está claramente registrado em livros contábeis e consta da documentação a eles apresentada. A divergência instaurada não diz respeito aos fatos em si, mas apenas ao seu significado tributário;

e. Quanto à decadência da CSLL, diz se conformar ao mesmo prazo previsto para o Imposto de Renda – de cinco anos –, e que não pode ser aplicado o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, uma vez que, nos termos do art. 146, III, “b” da Constituição Federal, cabe à lei complementar dispor sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”. Nesse sentido, acresce, tem sido a jurisprudência administrativa e judicial;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

f. alega nulidade do processo, por ter sido instaurado em razão de informações chegadas à Receita Federal de forma ilícita, mediante a quebra do sigilo bancário da autuada, sem obediência à prescrições jurídicas pertinentes. Diz que o Supremo Tribunal Federal já decidiu impondo limites à investigação promovida por Comissão Parlamentar de Inquérito, concedendo mandado de segurança pelo fato de esse órgão de investigação legislativa haver aprovado a transferência dos sigilos bancário, fiscal e telefônico da impetrante. No caso de que se cuida, acresce, não ocorreu nenhuma referência à recorrente, nem aos fatos objeto da ação fiscal ora em questão, na fundamentação destinada a justificar a quebra de sigilo;

g. ainda quanto à prova ilícita, lembra que, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001, e do Decreto nº 3.724, de 2001, a quebra do sigilo bancário pelo Fisco depende da prévia existência de processo administrativo;

h. no mérito, quanto à glosa de despesa relativa à perda em aplicações financeiras no exterior, diz - referindo-se à alegação dos julgadores de primeira instância de que não foram escrituradas na contabilidade da recorrente as operações que geraram as perdas - que, como tais operações não foram realizadas por ela e sim pela empresa na qual realizou o malsinado investimento, não tinha como nem porque escriturar uma a uma as operações financeiras que não realizou. Mas é certo que investiu, remeteu numerário para o exterior, e sofreu prejuízo, tanto que não logrou receber de volta a totalidade do valor investido;

i. argui que os fatos relevantes, e que estão devidamente comprovados, são a remessa do numerário e o seu retorno, tudo sob controle das autoridades competentes do País, assim como devidamente comprovada está a razão pela qual não intentou medidas judiciais para recuperar o prejuízo sofrido, o que só teria, na verdade, aumentado o seu montante;

j. assevera ser obrigação do Fisco o ônus da prova de que a recorrente recebeu o valor investido, e que não há dúvida de que a perda existiu, sendo o equívoco da recorrente o de não ter acrescido o valor dessa perda ao resultado, para



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

fins de determinação do lucro real, o que não justifica se falar em simulação, com o único objetivo de deslocar o prazo decadencial;

k. ressalta não ter havido conluio, nem divergência entre a intenção da ora recorrente e a realidade do negócio por ela realizado. Se tivesse havido conluio, teria disposto de todos os documentos e teria feito todos os registros das diversas operações das quais resultou a considerável perda. Não o fez exatamente porque não teve a preocupação de iludir quem quer que seja, muito menos o Fisco. Limitou-se a registrar o que efetivamente ocorreu: fez uma aplicação financeira na Bositown, que registrou regularmente. Recebeu, no final, quantia bem menor do que a remetida e fez o registro do que realmente perdeu. Nada mais simples e nada mais transparente.

l. quanto à glosa das despesas que seriam desnecessárias, alega que a decisão de primeira instância é confusa e não refuta as razões expostas na impugnação, que justificam haver a recorrente assumido a dívida que a final pagou. Acresce não haver dúvida quanto à necessidade da empresa assumir a dívida de seus principais administradores, sob pena de ver seus contratos com órgãos públicos cancelados, e porque as garantias representadas pelos avais dos senhores José Carlos Valente Pontes e José Erivaldo /Arraes, foram prestadas ao banco BMC SA. em função de contratos firmados pela empresa Ogunjá Transportes Ltda, na aquisição de ônibus para utilização dentro de seus objetivos sociais, veículos esse que foram geradores de receitas tributáveis na empresa que recebeu tais garantias;

m. esclarece ser prestadora de serviços de limpeza urbana de vários municípios e execução de obras públicas, razão pela qual não pode ter qualquer restrição cadastra no Cadin, Cadastro do Bacen, dentre outros. Se não assumisse o débito em questão, com certeza estaria fadada a fechar as portas;

n. diz que no caso em questão não existiu nenhuma fraude. Todos os fatos foram verificados na escrituração e nos documentos da empresa, não foi realizado nenhum negócio jurídico proibido pelas leis do país, nem realizado negócio proibido disfarçado de aparência de negócio lícito. O próprio relator do Acórdão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

guerreado, em seu voto, afirma, literalmente, que considerou lícitos os atos praticados pela recorrente;

o. por fim, pede que todas as razões expendidas em sua impugnação, até porque não foram refutadas no julgamento de primeira instância, sejam tidas como parte integrante do presente recurso.

É o Relatório. *[assinatura]*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

VOTO VENCIDO

Conselheiro - JAYME JUAREZ GROTTTO, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos para prosseguimento.
Dele tomo conhecimento.

Preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau

Não procede a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau, levantada ao argumento de que o julgamento foi realizado em seção secreta.

É certo que tanto no processo administrativo quanto no judicial o direito de defesa deve ser amplo. Mas também é certo que o processo administrativo tem suas regras estabelecidas no Decreto nº 70.235, de 1972, que prevê apenas a impugnação por escrito. Ademais, conforme a Portaria MF nº 258, de 2001, as sessões de julgamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento não são públicas e não há previsão de sustentação oral.

Por outro lado, a Lei nº 9.784, de 1999, somente se aplica subsidiariamente, além de que, embora garanta os direitos à comunicação, interposição de recursos e apresentação de provas - direitos que foram garantidos à recorrente -, não fala em imperiosa necessidade de sustentação oral. Esta, aliás, é ofertada à recorrente por ocasião deste julgamento, segundo o regimento dos Conselhos de Contribuintes.

Sou por rejeitar a preliminar suscitada.

Preliminar de nulidade do lançamento - Utilização de prova ilícita.

A recorrente entende que o lançamento é nulo, por estar embasado em prova ilícita, mediante a quebra do sigilo bancário da autuada, sem obediência às prescrições judiciais pertinentes. *d*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Como já bem colocado na decisão recorrida, não constitui violação ao sigilo bancário o fornecimento de informações, por parte de instituições financeiras, nas hipóteses previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001, bem como a troca dessas informações entre os órgãos públicos incumbidos de averiguar a prática de atos ilícitos, verificando-se mera transferência de sigilo, ao qual estão todos obrigados por força de lei.

No caso em concreto, o presidente da CPMI – Banestado encaminhou à SRF informações acerca de operações de movimentação de recursos financeiros com o exterior a partir de Contas CC5 (fls.194 /196), em face de ter a Comissão aprovado a transferência do sigilo.

Tal procedimento tem fundamento no art. 58, § 3º, da Constituição Federal. Muito embora o dispositivo constitucional reporte-se apenas ao Ministério Público Federal, não se pode entender como ilícito o envio das informações obtidas pela CPMI a outros órgãos públicos, entre eles a Secretária da Receita Federal, para apuração de infrações, justamente porque tal conduta se coaduna com a finalidade da instituição da CPMI e com os poderes de investigação (próprio das autoridades judiciais) que lhe foram concedidos.

O procedimento tem fundamento também na Lei nº 10.001, de 2000, cujo art. 1º determina que:

“os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar, aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.” (Grifei).

Portanto, as informações acerca de movimentação financeira da autuada, e que motivaram o início do procedimento fiscal, vieram ao conhecimento das



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

autoridades da SRF de forma plenamente regular, não importando que, como alega a recorrente, na fundamentação destinada a justificar a quebra de sigilos, não tenha ocorrido nenhuma referência a ela, nem aos fatos objeto da ação fiscal que culminaram com o lançamento em análise.

Ademais, as informações vindas do Parlamento originaram, de fato, a ação fiscal desenvolvida contra a contribuinte, mas as duas infrações que motivaram o lançamento não estão embasadas nas informações repassadas pela CPMI, nem estão apoiadas na movimentação bancária da autuada. De fato, tais infrações tratam de glosa de despesas, uma pela falta de comprovação de sua efetividade, outra por não preencher os requisitos da necessidade e usualidade, fatos apurados nos procedimentos de auditoria realizados na contabilidade da autuada, e que não se apóiam na movimentação bancária da recorrente.

Quanto ao mandado de segurança a que se refere a recorrente, tem aplicação apenas entre as partes envolvidas.

Rejeito a preliminar.

Glosa de despesa relativas a perdas em aplicações financeiras no exterior

Como se verifica do extenso arrazoado apresentado no Termo De Constatação e Verificação Fiscal, a glosa foi efetuada tendo em vista a falta de comprovação da efetividade da despesa.

Referida despesa foi registrada a título de perdas em aplicações financeiras, em contrapartida de baixa de haveres registrados no ativo, em conta de titularidade da empresa Bositown Finance, com sede no Uruguai.

Os haveres com a Bositown tiveram origem em contratos de mútuo, representativos de empréstimos àquela empresa, cuja remessa para o exterior está devidamente comprovada. O prazo para o pagamento do empréstimo era 16/04/1998.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Porém, em 28/07/1998, a conta de ativo foi baixada contra a despesa financeira objeto da autuação.

Para justificar ao Fisco o lançamento a título de despesa, a autuada alega a existência de outro negócio, com a empresa Securities Trading, na Suíça. Segundo alega, a Bositown teria quitado sua dívida para com a recorrente, na data acordada, mediante a transferência dos recursos para a empresa Suíça, esta autorizada pela autuada a aplicar os recursos em Bolsas de Mercadorias e Futuros. Tais aplicações teriam gerado sucessivos prejuízos, restando apenas US\$ 687.838,00 dos cerca de US\$ 10.000.000,00 inicialmente aplicados.

Para comprovar a existência da transação com a empresa Suíça e a conseqüente perda em aplicações financeiras, a autuada apresenta os seguintes documentos: carta de lavra da Bositown informando ter feito a transferência dos recursos (fl. 272); carta de apresentação da empresa suíça (fl. 269); autorização da autuada para a empresa Suíça gerenciar os recursos (fl. 271); documento emitido pela empresa Suíça endereçado à autuada, informando sobre operações de compra e venda em Bolsas de Mercadorias e de Futuros, registrando as perdas ocorridas (fl. 282).

Registre-se que, em 28/07/1998, foi creditado em conta bancária da recorrente, no Brasil, a quantia de R\$ 780.708,77, que ela alega ser o que restou dos recursos investidos. Porém, o remetente do dinheiro é a empresa uruguaia (fls. 274/285 e 282), não a empresa Suíça, como seria de se esperar.

Nessas circunstâncias, efetivamente, como concluiu a Fiscalização, não se pode dar como comprovada a perda em questão, ante a fragilidade das provas apresentadas, constituídas apenas de documentos de lavra das três empresas envolvidas, sem a apresentação de qualquer prova da efetiva transferência dos recursos para a Suíça e sua aplicação em Bolsas de Mercadorias e de Futuros. Aliado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

a isso, temos, ainda, o fato de que, na contabilidade da autuada, a alegada operação envolvendo a empresa Suíça não foi registrada.

Ademais, os prejuízos e perdas decorrentes das operações realizadas no exterior não são compensados com lucros auferidos no Brasil, conforme determina o art. 25, § 5º, da Lei nº 9.249, de 1995. Na DIPJ, a alegada despesa deveria ter sido registrada na linha 36 da Ficha 07 - "perdas em operações realizadas no exterior" -, o que implicaria automática adição para efeito de apuração do lucro real, mas foi incluída na linha 33 da mesma ficha, relativa a "outras despesas financeiras".

Assim, correta a glosa da despesa.

O mesmo não ocorre, porém, em relação à qualificação da penalidade.

A aplicação da multa de ofício no percentual de 150% exige do Fisco a comprovação do evidente intuito de fraude, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

No caso, não vejo que o Fisco tenha produzido essa prova.

O fato de os documentos apresentados pela contribuinte não serem hábeis para comprovar a despesa financeira registrada na contabilidade justifica a glosa da despesa, mas não leva à automática caracterização do evidente intuito de fraude, que exige a demonstração inequívoca da intenção dolosa do contribuinte. A indicação da despesa em linha incorreta na DIPJ também não me parece suficiente para caracterizar o evidente intuito de fraude.

Outra justificativa do Fisco para a qualificação da multa está no extenso arrazoado apresentado no Termo de Constatação, em que, apoiado nos documentos enviados pela CPMI do Banestado e carreados ao presente processo, procura demonstrar a existência, na praça de Fortaleza, de um esquema de movimentação ilegal de recursos com o exterior, capitaneado pelas empresas do Grupo ACC Card, esquema esse envolvendo contas CC5 e uma conta bancária da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

Agência do Banestado de *New York*, e do qual a empresa Bositow e a recorrente se beneficiaram par movimentar recursos não declarados.

Porém, o único indício acerca da vinculação da recorrente com tal esquema consiste em um depósito em sua conta bancária, no valor de R\$ 130.000,00, o qual, conforme documentos enviados pela CPMI, foi realizado com dinheiro levado por empresa de transportes de valores, a mando da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo (fls. 199, 211, 217/220), e que a autuada contabilizou como saído do seu caixa. Porém, tal depósito foi efetuado em 19/12/1997, e nada consta no processo de que tenha relação com os mútuos entre a recorrente e a empresa Bositow, cujo prazo para pagamento era 16/04/1998.

Nessas circunstâncias, entendo não estar caracterizado o evidente intuito de fraude, devendo a multa ser reduzida ao percentual de 75%.

Ressalte-se que esse entendimento aplica-se somente no âmbito tributário e em relação aos fatos e circunstâncias que transparecem dos autos em exame, sem interferência na apuração de eventual responsabilidade criminal, ou mesmo tributária, a cargo das autoridades competentes.

Não estando caracterizado no processo o evidente intuito de fraude e tendo havido, no caso, pagamento antecipado do imposto de renda, o prazo decadencial rege-se pelo art. 150, § 4º, do CTN. Assim, como o lançamento refere-se ao fato gerador ocorrido em 31/12/1998 e foi cientificado ao contribuinte em 28/10/2004, ocorreu a decadência do direito do Fisco formalizar a exigência do IRPJ.

O mesmo não ocorre em relação à CSLL, cujo prazo decadencial é de 10 anos, conforme disposição do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que dispõem sobre a organização da Seguridade Social. E não se pode dar entendimento diverso, uma vez que, sendo a referida lei uma norma legal regularmente editada segundo o ordenamento jurídico vigente, é defeso ao agente do Fisco ou ao julgador



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23

Acórdão nº : 107-09.219

administrativo, em qualquer instância, seja qual for o argumento, negar-lhe validade, dado que essa atribuição é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Assim, em relação a essa infração, sou por acolher a preliminar de decadência do IRPJ e por manter a exigência de CSLL, com a redução da multa para 75%.

Glosa de despesas operacionais não necessárias

Trata essa infração de despesa decorrente de assunção de dívidas particulares dos dois sócios majoritários da autuada, junto ao Banco BMC SA.

O Fisco não desconsiderou os atos e negócios jurídicos de assunção das dívidas por parte da autuada. Porém, efetuou a glosa da despesa, por não atender os requisitos da necessidade, normalidade e usualidade.

De fato, as despesas operacionais dedutíveis na determinação do lucro real são aquelas que se encaixam nas condições fixadas no art. 299 do RIR/1999, ou seja, despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora de receitas, sendo necessárias as despesas que sejam usuais e normais no tipo de operações ou atividades da empresa.

No caso em concreto, esses requisitos não estão presentes.

A alegação de que a empresa estaria impedida de prosseguir em suas atividades – de prestadora de serviços a órgãos públicos - caso não assumisse as dívidas dos sócios majoritários, o que lhe traria restrições cadastrais no Cadin e no Cadastro do Bacen, entre outros, pode até justificar a ação da recorrente, mas de forma alguma confere à despesa as características exigidas pela lei fiscal para a sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Não se trata, definitivamente, de despesa usual e normal na espécie de negócio desenvolvido pela empresa, nem está relacionada com as receitas submetidas à tributação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Também não confere à despesa as características necessárias à sua dedução na apuração do lucro real, a alegação da recorrente de que a dívida dos sócios refere-se a avais dados como garantia ao Banco BCN em razão de contrato firmado pela empresa Ogunjá Transportes Ltda, na aquisição de ônibus para utilização nos seus objetivos societários, gerando receitas tributáveis naquela empresa.

Quanto a essa infração, sou por manter a exigência.

Posto isso, voto no sentido de REJEITAR a preliminar de nulidade, ACOLHER a preliminar de decadência para o fato gerador de IRPJ ocorrido em 31/12/1998, e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso, reduzindo para 75% a multa aplicada no percentual de 150%.

É como voto.

Sala das Sessões - DE, em 07 de novembro de 2007.

JAYME JUÁREZ GROTTO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

VOTO VENCEDOR

Conselheiro CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES – Redator Designado:

Acompanho o voto do ilustre relator, à exceção do que se refere à decadência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no ano-calendário de 1998 e em relação à incidência da referida contribuição sobre as despesas desnecessárias.

A jurisprudência desse Colegiado que, em diversos arestos, tem-se manifestado no sentido de que o prazo de decadência das contribuições é de 5(cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, em conformidade com o disposto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN), salvo na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não se verificou na espécie.

No mesmo sentido tem decidido a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como fazem certo os Acórdãos nº CSRF/01-05.470, de 19/06/2006, CSRF/01-05-246, de 14/06/2006, CSRF/01-05-523, de 18/09/2006, CSRF/01-05-501, de 18/09/2006, dentre inúmeros outros.

As contribuições para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em conformidade com os arts. 149 e 195, § 4º, da Constituição Federal, têm natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, no RE Nº 146.733-9-SÃO PAULO, o que implica na observância, dentre outras, às regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a contagem do prazo decadencial dessa contribuição se faz de acordo com o Código Tributário Nacional, mais precisamente no art. 150, § 4º.

h



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Este entendimento tem sido aplicado em decisões monocráticas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como jurisprudência da Suprema Corte, adotada por unanimidade de votos, Plenário. Registre-se alguns desses despachos: No RE 552757-RS, Ministro Carlos Britto, Julgamento em 28/06/2007 (DJ 07/08/2007); RE 548785/RS, Ministro Eros Grau, Julgamento em 26/06/2007 (DJ 15/08/2007); RE 540704,RS, Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 206/06/2007 (DJ 08/08/2007)

Como se vê, é o próprio Supremo Tribunal Federal a manifestar-se no sentido de que o prazo decadencial das contribuições em tela é de 5 (cinco) anos, e a seguir-lhe os passos não esta Câmara e a Câmara Superior de Recursos Fiscais decretando inconstitucionalidade de lei alguma, o que, aliás, reclamaria manifestação expressa, o que seria um absurdo. Afinal, somente a Egrégia Corte tem competência para tanto. É, antes de tudo, uma questão escolar.

O STJ já se manifestou no sentido de que o prazo decadencial, mesmo para as contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195.é de 5 (cinco) anos, como se verifica do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 616.348 - MG (2003/0229004-0), de 14/12/2004:

"1." omissis"

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).

A CSLL é suscetível de pagamento pelo contribuinte, independentemente de qualquer providência do fisco, cumprindo-lhe, então verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular e, por fim, pagar o montante do tributo devido, se desse procedimento houver tributo a ser pago. Amolda-se, portanto, à hipótese do art. 150, § 4º, do CTN.

O referido dispositivo está assim redigido:

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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. (negritei)

Pretender o prazo mais alongado de que trata o art. 173, "data venia", não tem sentido, salvo na ocorrência de fraude, simulação ou conluio.

O legislador ordinário pode fixar outro prazo para a homologação desde que menor do que o estabelecido no retrotranscrito § 4º. É o que ensina a Doutrina, nas lições de Aliomar Baleeiro, "in" Direito Tributário Brasileiro, Forense, 9ª edição, pág. 478; Fábio Fanucchi, em sua obra Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Resenha Tributária, 3ª edição, Vol. I, pág. 297; Luciano Amaro, em Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 6ª edição, pág.387; Alberto Xavier, "in" Do Lançamento-Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, Forense, ed. 1997, pág. 94; Sacha Calmon Navarro Coelho, em Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense, 1999, pág. 672; e

47



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Leandro Paulsen, em Código Tributário Nacional, Livraria do Advogado, editora/ESMAFE-RS, Porto Alegre, 2000, pág.502, dentre outros.

Não pode fixar prazo maior por uma simples razão.

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (D.O.U. de 27.10.66, ret. no DOU de 31/10/66, foi promulgada para regular, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelecer, com fundamento no artigo 5º, inciso XV, alínea b, da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.

Por disposição do artigo 7º do Ato Complementar da Presidência da República nº 36, de 13 de março de 1.967, esta Lei, incluídas as alterações posteriores, foi elevada à categoria de Lei Complementar, passando a denominar-se CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Assim, todas as alterações nela introduzidas por leis ordinárias, foram elevadas à categoria de lei complementar.

A partir daí, somente lei complementar poderá dispor sobre normas gerais de direito tributário, como é o caso das normas sobre decadência.

É uma garantia do contribuinte nacional e de segurança jurídica que não pode ser alongada pelo legislador ordinário.

E é por isso que somente se admite o encurtamento do prazo.

47



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

O contribuinte fez a parte que lhe competia; o fisco é que não fez a dele, isto é, lançar as contribuições, na forma e no tempo previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

A necessidade de lançar o crédito tributário e a consequência de sua inobservância foram objeto do Resp nº 332.693 (2001-0096668), relatora Ministra Eliana Calmon, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime, cuja ementa está assim redigida:

"TRIBUTÁRIO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. 1) O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (arts. 113 e 142 do CTN). 2. Dispõe a FAZENDA do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito tributário. 3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, **nem por ordem judicial nem por depósito do devido. (grifei) 4) Com depósito ou sem depósito, após cinco anos do fato gerador, sem lançamento, ocorre a decadência. 5. Recurso especial provido".**

Merece especial atenção os seguintes excertos do voto da ilustre relatora:

"Quero aqui destacar que não houve pagamento antecipado ou não antecipado, como pode sugerir o disposto no art. 150 do CTN. A empresa apenas se antecipou, com a cautelar, para barrar a execução, se assim fosse procedido pelo Fisco que, antecedentemente, ainda teria de constituir o crédito tributário, o qual deixou escapar pelo decurso do tempo. Sabendo-se que é decadencial o prazo para a constituição do crédito tributário e que o prazo decadencial não sofre suspensões ou interrupções, pois, como a história, tem marcha irreversível, surge a obrigação pela ocorrência do fato gerador e, a partir daí, nada pode barrar a fluência da decadência, senão o lançamento, que é da alçada única do Fisco, que terminou por não fazê-lo, na hipótese dos autos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 10380.010072/2004-23
Acórdão nº : 107-09.219

Dentro deste contexto, acolho a tese contida no recurso para reformar o acórdão e dar provimento ao especial, declarando a inexistência da relação jurídica, por força da decadência." (negritei)

O auto de infração referente à CSLL foi cientificado ao sujeito passivo em 28/10/2004, quando já atingidos pela decadência os fatos geradores ocorridos em 31/12/1998.

Quanto à incidência da CSLL sobre as despesas glosadas por desnecessárias a minha discordância resulta do fato de que a base de cálculo da contribuição, segundo o § 1º do art. 2º da Lei nº 7.689/88, é o lucro líquido do exercício, com os ajustes previstos, na letra "c" do citado parágrafo, ajustes estes que não têm aplicação ao caso concreto.

Confira-se:

Lei nº 7.689, de 15.12.1988, DOU de 16.12.1988:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º - Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

Nesta ordem de juízos, acolho ainda a preliminar de decadência para os fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1998 e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para afastar a exigência no ano-calendário de 1999.

É como penso; é como voto.

Sala das Sessões - DF, em 07 de novembro de 2007

CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES

REDATOR DESIGNADO