MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	:	10480.002048/2003-10
Recurso n.º	:	137.224
Matéria	:	IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1999 a 2002
Recorrente	:	REPRESENTAÇÕES SANTISTA LTDA.
Interessada	:	3ª TURMA/ DRJ/ Recife/PE
Sessão de	:	26 de janeiro de 2005.
Acórdão nº	:	101-94.818

EMENTA – IRPJ E CSSL – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – ARBITRAMENTO DO LUCRO – COMPENSAÇÃO - MULTA DEO OFÍCIO - TAXA "SELIC" - O Mandado de Procedimento Fiscal, a despeito da disciplina regulada pela Portaria nº 3007/2001, não tem o condão de invalidar a expressa competência fiscalizatória da autoridade administrativa, disposta no art. 142 do CTN e, pelo que consta dos autos, o simples desacordo procedimental quanto a circunstância de coincidência do MPF-C com a ciência da autuação, em nada prejudica a defesa do contribuinte, razão por que se rejeita esta preliminar.

- Quanto a questão de tipificação das infrações tributárias, é possível facilmente conferir que não há reparos quanto ao enquadramento legal, bem explícito quanto aos fatos apurados, rejeita-se, também, essa preliminar.

- Quanto ao mérito, por conduta omissiva da Contribuinte e por constar nos autos que os livros e balancetes foram escriturados e registrados após instaurado o procedimento fiscalizatório, procede o arbitramento efetuado pela autoridade administrativa, vez que, à época considerou esgotados todos os meios ao seu alcance para seu trabalho, portanto carecedora de fundamentais elementos na investigação dos fatos imponíveis das obrigações tributárias.

- Também correto o entendimento da digna autoridade julgadora "a quo" que remete o Contribuinte para a autoridade de origem, assim como para a via administrativa competente, a fim de realizar a pretendida compensação, haja vista a falta de exercício, no momento e modo oportuno, do pretenso direito à compensação e a necessidade de conferência e cálculo efetivo de valores, somente possível pela competente autoridade administrativa de origem.

- Tanto a multa de ofício, como a taxa "selic", decorrem de expressos comandos legais, até a presente data considerados válidos e eficazes no ordenamento jurídico, razão por que não há fundamento para o afastamento das exigências.

Recurso que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por REPRESENTAÇÕES SANTISTA LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso , nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTONIO GADEHA DIAS
PRESIDENTE

ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 MAR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº. : 10480.002048/2003-10
Acórdão nº. : 101-94.818

Recurso nº. : 137.224
Recorrente : Representações Santista LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de infração relativamente ao IRPJ e CSSL, sobre os exercícios de 1999 a 2001, para exigência de créditos tributários sobre os seguintes fatos:

- Quanto ao IRPJ:

1- Omissão de receitas, pela diferença apurada a menor entre os valores informados na DIPJ e constantes da escrituração comercial/fiscal, tendo como fato gerador o período de 31/03/2000;
2- Falta de recolhimento/declaração do imposto de renda, insuficiência de recolhimento ou declaração, tendo como fatos geradores os períodos de 30/06/1999, 31/03/2000, 30/06/2000 e 30/09/2000;
3- Receita operacionais (atividade não imobiliária), revendas de mercadorias, tendo como períodos de 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001,31/12/2001, 31/03/2002 e 30/06/2002;
4- Receitas operacionais (atividade não imobiliária), prestação de serviços gerais, tendo como fatos geradores os períodos de 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002.

- Quanto a CSSL:

1- Omissão de receitas pela diferença a menor entre os valores informados na DIPJ e os constantes da escrituração comercial/fiscal, referente ao período de 31/03/2000;
2- Incidência sobre lucro arbitrado, apurado conforme demonstrativos , referente aos períodos de 12/2000, 03/2001, 06/2001, 09/2001,12/2001, 03/2002 e 06/2002.

A Contribuinte, tempestivamente, apresentou sua impugnação aos lançamentos, alegando, em síntese, o seguinte:

- Em preliminar:

- 1- Nulidade do auto de infração por ter sido lavrado com base em MPF considerado extinto, assim afirma que o MPF original foi lavrado em 13/09/2002, e com prazo de validade até 13/01/2003, sendo que o MPF Complementar, lavrado em 12/02/2003, foi dado ciência na mesma data da lavratura do auto de infração, em 21/02/2003 e o mesmo não poderia ter renovado o prazo da fiscalização inicial, já encerrada em 13/01/2003, pelo disposto nos artigos 12 e 13 da Portaria nº 3007 de 26/11/2001;
- 2- Também em sede preliminar suscita a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa pelo fato de que não foram citados especificamente os dispositivos legais infringidos, sendo que fazenda da forma como fez restou prejudicando a defesa da Contribuinte.
- Quanto ao mérito:
- 1- Ao proceder o arbitramento desconsiderou as despesas operacionais dedutíveis, consoante demonstrado a fls. 574/577;
- 2- Requer diligência e perícia a fim de comprovar que não houve falta de recolhimento do IRPJ e sim foram efetuados recolhimentos a maior, no montante de R$ 22.529,73;
- 3- Da multa com efeito de confisco, uma vez que o valor aplicado de 75% é inconstitucional, citando doutrina e decisões judiciais;
- 4- Utilização ilegal da taxa SELIC como fator de atualização monetária e juros de mora ;
- 5- Alega que existindo dúvida sobre a infração, a decisão deve ser favorável a Contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

A DRJ de Recife/PE, julgou o lançamento procedente, conforme a seguinte ementa:

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O Mandado de Procedimento Fiscal, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e

procedimentos fiscais, não implicando nulidade do procedimento fiscal mesmo que haja eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não é cabível a alegação de cerceamento ao legítimo direito de defesa quando as infrações apuradas estiverem perfeitamente identificadas e os elementos dos autos demonstrarem, inequivocamente, a que se refere a autuação, dando suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los e apresentar a sua defesa e também para que o julgador possa formar livremente a sua convicção e proferir a decisão do feito.

Estando o lançamento revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, sem preterição do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

ARBITRAMENTO DO LUCRO .

Comprovada a ausência de escrituração com observância das Leis comerciais e fiscais, impossibilitando a apuração da exatidão das contas contábeis, cabível o arbitramento do lucro tributável da pessoa jurídica.

COMPENSAÇÃO - A compensação é opção do contribuinte. O fato de este ser detentor de créditos junto à Fazenda Nacional não invalida o lançamento de ofício relativo a débitos posteriores, quando não restar comprovado ter sido exercida a compensação antes do início do procedimento de ofício.

COMPENSAÇÃO - COMPETÊNCIA. - À Delegacia da Receita Federal de Julgamento só compete julgar pedido de compensação quando já tenha sido apreciado pela Delegacia da Receita Federal, dianteda manifestação de inconformidade do contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITA. MATÉRIA NÃO CONTESTADA:

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

MULTA DE OFÍCIO - CARÁTER CONFISCATÓRIO / INCONSTITUCIONALIDADE

A multa aplicada em procedimento de ofício é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à

época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo, portanto, qualquer razão em querer dar cunho confiscatório à aludida exigência.Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC. É legal a cobrança de juros de mora, calculados pela aplicação da taxa Selic, estando previsto no art. 13 da Lei 9.065/1995, dispositivo legal este não julgado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. CSLL

O entendimento adotado relativamente aos autos reflexos acompanha o do principal, em vista da íntima relação de causa e efeito existente entre eles. Lançamento Procedente.

No que se refere ao "arbitramento" cabe esclarecer que ocorreu relativamente aos períodos de apuração: 4º trimestre de 2000 (12/2000); 1º , 2º, 3º e 4º trimestres de 2001 e 1º e 2º trimestres de 2002, posto que a Contribuinte, sujeita à tributação com base no lucro real, não apresentou a escrituração contábil nas formas das leis comerciais e fiscais. E que, uma vez presentes as circunstâncias que justifiquem o arbitramento do lucro, não pode o mesmo ser descaracterizado pela apresentação de alegações e documentos tendentes a anulá-lo.

Quanto a diligência e perícia esclarece seu indeferimento pois o contribuinte deixou de atender os requisitos do art 16 , inciso IV do Decreto nº 70.235/72, não declinando os motivos justificadores e nem formulando os quesitos para o exame pretendido.

A Contribuinte, tempestivamente, interpôs seu recurso voluntário, argumentando o seguinte:

- Em preliminar, suscita a nulidade do auto de infração pelas mesmas preliminares em sua peça de defesa inicial, ou seja, invalidade do MPF

e cerceamento do direito de defesa por carecer de enquadramento legal específico;

- No mérito:
- Insurge-se contra o arbitramento por afirmar que não foram considerados os documentos apresentados pela Contribuinte, entregues no prazo de reintimação da Receita Federal, pois facilmente, mediante diligência, poderiam ter constatado que a Contribuinte tem escrituração contábil que poderia afastar a presunção de lucro por arbitramento, assim como porque o auto de infração foi entregue antes do início do MPF-C (mandado de procedimento fiscal- complementar), ressaltando que o MPF-C foi emitido em 12 de fevereiro de 2003, dado ciência em 21 de fevereiro de 2003 e o auto de infração foi lavrado em 10 de fevereiro de 2003, o que por si só já denota a precariedade com do procedimento fiscalizatório que não respeito o próprio prazo de validade do MPF-Complementar para o efetivo atendimento da documentação solicitada à Contribuinte. Argumenta, outrossim, citando decisões desse colegiado administrativo, assim como doutrina pertinente para afastar a presunção de lucro fixada pelo arbitramento,sendo que, para tanto, também menciona a necessidade de tipificar o fato imponível para efeito tributário, sem o que estar-se-ia ferindo de morte o lançamento por violar o princípio de legalidade estrita no âmbito tributário.
- Sustenta a viabilidade em efetuar a compensação tributária sobre o recolhimento a maior, declarando que a DRJ poderia ter enviado a DRF para se conferir os valores e calcular o tributo devido, mas preferiram validar a presunção e o arbitramento cometido pela autuação;
- Reitera os seus argumentos contra a multa considerada confiscatória, dizendo que o julgador pode se manifestar sobre inconstitucionalidades, com base no direito a ampla defesa garantido pela Constituição e estando o contencioso administrativo expressamente previsto no Magno Texto. Cita jurisprudência judicial a seu favor quanto ao efeito confiscatório da multa aplicada;

- Se insurge, finalmente, contra a taxa SELIC, por argüir a inconstitucionalidade na qualidade juros de mora para cálculos de débitos tributários;
- Reitera o cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento do pedido de diligência e perícia;
- Reafirma também a improcedência da tributação reflexa da CSSL;
- Invoca a aplicação do art 112 do CTN no caso de dúvida.

Há arrolamento de ofício conforme prescrição do § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo artigo 32 da Lei nº 10.522/2002 e art. 7º da IN/SRF 264/2002, formalizado no processo nº 10480.015461/2002-55.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, Relator

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele tomo conhecimento.

Cumpre enfrentar as argüições preliminares de suposta nulidade da autuação por se basear em MPF com prazo de validade extinto, e suposto cerceamento do direito de defesa por falta de enquadramento típico das infrações imputadas a Recorrente.

Quanto a primeira preliminar sobre a invalidade do MPF originário, emitido em 13 de setembro de 2002 eis que extinto em 13 de janeiro de 2003, ainda que subsistente o MPF-Complementar de 12/02/2003, sendo a ciência do auto de infração em 21/02/2003, momento em que também se deu ciência a Contribuinte sobre o mandado de procedimento fiscal complementar em foco, sendo certo que os autos de infrações foram lavrados em 13 de fevereiro de 2003, é indiscutível que o foi descumprida pela autoridade fiscalizadora a Portaria SRF nº 1.265, de 1999, posto que praticado ato de lançamento em desacordo com suas prescrições de tempo válido para os procedimentos fiscalizatórios.

Contudo assim seja, trata-se de lançamento de ofício de crédito tributário cujo disciplinamento normativo obedece um diploma legal específico, o Código Tributário Nacional, ou seja, lei, elevada aos status de lei complementar após a Constituição de 1988. E é essa a referência legal que legitima o procedimento fiscalizatório em vigor, os demais atos normativos são inferiores e visam apenas a pura e fiel execução desse dispositivo legal, que estabelece a competência fiscal.

Em que pese as considerações da Recorrente sobre a invalidade administrativa do MPF originário, eis que violador do prazo estabelecido em portaria para sua execução, entendo que se trata de procedimento infra-legal que não tem o

condão de limitar ou mesmo excluir a competência da autoridade fiscal conforme estabelecida pelo CTN, em seu artigo 142, mediante o qual é privativo da autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, sob pena de não o fazendo, quando obrigatório, ser responsabilizado funcionalmente por improbidade administrativa, nos termos explanados pela autoridade julgadora "a quo", a fls. 985 destes autos.

E se no caso a fiscalização tinha praticado, e isso dentro do prazo previsto, as apurações das ocorrências de fatos tributáveis, está evidente que o MPF-Complementar somente foi emitido para que se pudesse cumprir formalidade de conclusão do procedimento fiscal que apurou os créditos tributários, a fim de exigi-los de ofício. E isso não pode ser ocultado por simples formalidade que em nada prejudicou o direito de defesa do contribuinte, tanto isso é sério que o mesmo impugnou ostensivamente a autuação e apresentou provas documentais (Livros Diário e Balanços sobre os períodos fiscalizados) em momento posterior a autuação fiscal, quando omisso durante o levantamento fiscalizatório. Não existe fundamento legal para considerar inválido o auto de infração por que descumprida uma formalidade procedimental preparatória do lançamento, formalmente correto e válido.

Por esse motivo, sou por rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração por invalidade do MPF originário.

No que se refere a segunda preliminar, também não assiste razão a Contribuinte, haja vista que a mera conferência do enquadramento legal nas autuações fiscais, denotam, inegavelmente, que ali se encontra a fundamentação legal para os respectivos lançamentos fiscais. Não existe prejuízo quanto a defesa, eis que estão claramente tipificadas nos respectivos dispositivos legais, as infrações imputadas tanto para o IRPJ como para a CSSL.

Quanto ao mérito carece de sustentação as alegações da Recorrente.

A adoção do arbitramento, a meu ver, foi medida que se impôs em decorrência da conduta omissiva da Recorrente.

Ora, tal assertiva é corroborável pelo fato de se verificar, antes da autuação fiscal, apenas a exibição de fotocópias do Livro de Apuração do ICM de 1999 a 2001, e de fotocópias do Livro de Prestação de Serviços do mesmo período, além de notas fiscais de serviços, nada mais, sendo que após a autuação fiscal, a Contribuinte juntou, com sua impugnação fotocópias do Livro Diário, Razão e Balanços sobre os períodos fiscalizados, com data de autenticação na Junta Comercial , assim como data de registro de lançamentos nas folhas dos livros respectivos, pelo sistema de processamento de dados, evidentemente posteriores a autuação fiscal que, por si mesmo, indica a tentativa de justificar o lucro real após a instauração da lide. Tanto assim que argumenta, para que se baixe em diligência a fim de computar as despesas e custos operacionais nas bases de cálculo tributárias.

Como bem asseverou a digna autoridade fiscalizadora, não existe o arbitramento condicional, ou se arbitra como um meio extremo quando a fiscalização, baldados seus esforços, não obtém as informações, dados e documentos necessários à investigação completa da obrigação tributária, na execução de seus procedimentos fiscalizatórios; ou simplesmente não se arbitra. Ora, a juntada de documentação exigida em momento posterior a lavratura dos autos de infrações, somente constitui prova contra o próprio contribuinte, posto que registra que foi constituída após o momento de ocorrência dos respectivos fatos geradores fiscalizados e, portanto, de duvidosa validade e legitimidade.

Esse E. Conselho de Contribuintes já teve oportunidade de enfrentar situação similar, no ACÓRDÃO 107-06921, de 05/12/2002, a saber:

> " INTIMAÇÃO – RECUSA – ARBITRAMENTO DO LUCRO – APRESENTAÇÃO NA FASE DE JULGAMENTO – ARGÜIÇÃO DE CONDICIONALIDADE –DESCABIMENTO – O arbitramento não é algo que se possa subordinar à matroca da parte que lhe deu causa. A recusa ou a inexistência de livros e documentos impede a auditoria – não o arbitramento do lucro. O acolhimento ulterior do acervo implicará das duas uma: ou se empreende uma celeridade meteórica às

> operações fiscais e aos julgamentos em suas diversas instâncias, ainda com amparo em legislação complementar que oferte maior elasticidade aos prazos decadenciais em casos de recusa ou embaraço às ações do Fisco; ou se exime de tributos, paradoxalmente, todos aqueles cidadãos que obrarem contra os cânones democráticos que os agasalham e os protegem. Eis um dualismo e uma antinomia execráveis. Recurso parcialmente provido"

Ademais, a prova documental exibida e produzida flagrantemente após a autuação fiscal, invoca o princípio geral de direito que aduz a vedação de alguém se beneficiar da própria malícia ou torpeza, o que reforça a procedência do arbitramento conforme efetuado.

Nesse propósito impende esclarecer, nos dizeres da autoridade julgadora de primeira instância : " O arbitramento procedido pela fiscalização ocorreu relativamente aos períodos de apuração: 4º trimestre de 2000 (12/2000), 1º ,2º,3º e 4º trimestres de 2001 e 1º e 2º trimestres de 2002, em face de a empresa sujeita à tributação com base no lucro real, consoante se verifica através da entrega da DIPJ às fls. 413/541, não apresentou a escrituração contábil nas formas das leis comerciais e fiscais." (fls. 988). E acrescento, somente o fazendo na fase impugnatória, com livros contábeis e balancetes escriturados em datas posteriores ao tempo da ocorrência dos fatos apurados pela fiscalização.

Portanto, correta a adoção do arbitramento no tempo e modo realizados pela fiscalização.

No que se refere ao pedido de compensação, entendo que a decisão "a quo" também está correta, eis que o procedimento adequado e normativo é o caminho apontado pela autoridade julgadora mencionada, uma vez que compete à autoridade de origem proceder e apreciar os pedidos de compensações porventura possíveis no caso concreto, pois a mesma deverá efetuar os cálculos pertinentes do principal e seus consectários legais a fim de apurar exatamente o quanto devido do tributo/contribuição ora questionado. E como bem lembrado pela autoridade julgadora de primeira instância, se a Contribuinte não exerceu sua opção de compensação, na forma e procedimento como estabelece as normas aplicáveis,

antes do lançamento de ofício ora indigitado, cabe observar o trâmite regular e normativo deste processo, para efeito de que no cálculo do crédito tributário final seja utilizado os eventuais créditos a seu favor a fim de valer-se, legitimamente, do instituto de compensação para efeito de pagamento de seus débitos tributários aqui apurados. O procedimento recomendado pela decisão julgadora de origem, a fls. 990, deve ser observado para o exercício do suposto direito à compensação pela Contribuinte.

Uma vez configuradas as infrações tributárias, apuradas mediante competente e regular lançamento de ofício, naturalmente nasce a sanção correspondente, toda norma implica uma sanção, sob o risco de se tornar inócua, e não é diferente quando se trata de infrações tributárias.

Assim, a norma – Lei nº 9.430/96 – que estabeleceu a penalidade de 75% conforme aplicada neste processo administrativo fiscal continua em vigor e plenamente eficaz, não sendo retirada de nosso ordenamento jurídico por qualquer vício formal ou material que a macule por comando do STF, razão pela qual sou do entendimento que a mesma deve ser aplicada no patamar previsto, cabendo a discussão sobre a sua possível exorbitância a ponto de gerar o malfadado efeito confiscatório, nos termos previstos na Constituição Federal, privativamente ao Poder Judiciário, competência essa atribuída pelo Texto Constitucional, à luz do qual o órgão administrativo deve inteira e indiscutível observância. Enquanto o STF não se pronunciar sobre a vigência e eficácia da Lei nº 9.430/96 no que concerne aos percentuais de multas fiscais nele previstas, não cabe a este órgão negar validade ou discutir o seu efeito, ou não, confiscatório, como suscitado pela argumentação da Contribuinte, em que pese as diversas decisões judiciais colacionadas.

Quanto a aplicação da taxa "SELIC", no mesmo diapasão acima mencionado sobre a matéria da multa de ofício de 75%, a aplicação desse fator de atualização monetária encontra previsão no art. 13 da Lei nº 9.065/95, conforme bem explanado pela digna autoridade julgadora de primeira instância, razão pela qual invocando os mesmos fundamentos que limitam a apreciação

de eventual argüição de inconstitucionalidade, acima expostos, sou por reconhecer a plena validade e eficácia da cobrança como lançada na autuação.

Por derradeiro, suscita a Recorrente a aplicação do art. 112 do CTN, e também não merece reparo o entendimento exarado pela autoridade julgadora "a quo", haja vista que não se descobriu qualquer dúvida, nem a Recorrente apontou objetivamente a situação duvidosa, quanto à capitulação do fato, vez que os dispositivos legais citados no enquadramento das autuações fiscais são bastantes claros e conclusivos, e não se vislumbra qualquer dúvida sobre a autoria e/ou circunstâncias materiais ou efeitos dos fatos atribuídos à Recorrente, pelo contrário, até se denotou conduta omissiva que depõe contra a mesma ao deixar de apresentar prova – livros fiscais/contábeis – no momento de fiscalização e exibidos, assim como escriturados com data posterior a lavratura do auto de infração, o que, cumpre registrar, propiciou a apresentação de competente representação fiscal para fins penais (processo nº 10480.002110/2003-65).

Por todo o exposto, sou por negar provimento ao recurso voluntário relativamente ao IRPJ, e com efeito, por tratar-se dos mesmos fundamentos e reflexos desse imposto, nego provimento igualmente para o caso da CSSL.

Eis como voto.

Sala das Sessões - DF, 26 de janeiro de 2005.

ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO