



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

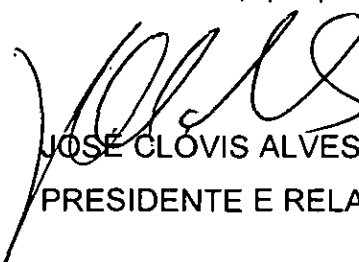
Processo nº. : 10650.001106/2002-08
Recurso nº. : 142.245
Matéria : IRPJ e OUTROS – EXS: 1998 a 2000
Recorrente : DISTRIBUIDORA GLÓRIA DE COMBUSTÍVEIS LTDA
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ em JUIZ DE FORA/MG
Sessão de : 01 DE DEZEMBRO DE 2004
Acórdão nº. : 105-14.854

PEREMPÇÃO - O prazo para apresentação de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes é de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância; recurso apresentado após o prazo estabelecido, dele não se toma conhecimento, visto que a decisão já se tornou definitiva, mormente quando o recorrente não ataca a intempestividade.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DISTRIBUIDORA GLÓRIA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso por precepto, nos termos do relatório e voto, que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 31 JAN 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA, DANIEL SAHAGOFF, CORINTHO OLIVEIRA MACHADO, EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, NADJA RODRIGUES ROMERO, IRINEU BIANCHI e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Recurso : 142.245

Recorrente : DISTRIBUIDORA GLÓRIA DE COMBUSTÍVEIS LTDA

RELATÓRIO

DISTRIBUIDORA GLÓRIA DE COMBUSTÍVEIS LTDA, CNPJ Nº 01.415.845/0001-00, já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão prolatada pela 2ª Turma da DRJ em Juiz de Fora – MG que decidiu por julgar procedentes os lançamentos formalizados através dos autos de infrações constantes das páginas 197 a 218, conforme consta da decisão consubstanciada no acórdão de nº 5.401 de 26 de novembro de 2003.

Da descrição dos fatos e enquadramento legal consta que o lançamento refere-se ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, tendo em vista que foram apuradas as infrações abaixo:

1. OMISSÃO DE RECEITAS

Omissão de receitas caracterizada pelo não oferecimento à tributação dos valores de R\$ 100.000,00 em 31.12.97 e R\$ 7.291,61, detectada no confronto dos valores contabilizados na escrituração comercial e constantes do livro de registro de saídas com os valores das notas fiscais emitidas de planilha elaborada pela fiscalização.

Enquadramento legal: arts. 195, inciso II, 197 e § único, 225, 226 e 227, do RIR/94; art. 24 da Lei nº 9.249/95.

2. MULTA ISOLADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA, DE JULHO DE 1997 A JANEIRO DE 1999.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Enquadramento legal: Arts. 2º, 43, 44, § 1º, inciso IV da Lei 9.430/96.

Foram também exigidos PIS, CSLL E CONFINS, decorrentes da omissão de receitas detectada.

A contribuinte inconformada com as autuações, apresentou a impugnação de folhas 221/250 argumentando, em síntese:

Dos fatos: o auto de infração foi lavrado em virtude do lançamento de ofício do IRPJ, nos termos do art. 926 do Decreto 3000/99, tendo em vista que foram apuradas omissões de receitas das seguintes contribuições: COFINS, PIS/PASEP, CSLL.

Todavia, o lançamento efetuado pela fiscalização, não pode prosperar devido a inúmeras propriedades que norteiam a lavratura da presente autuação, sendo improcedente, injusta e inexigível tal autuação.

Do local de lavratura do Auto de Infração: de acordo com o disposto no artigo 10 do Decreto Federal nº 70.235/72, é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração ser lavrada no local do estabelecimento fiscalizado. Sendo assim, inválida quando não cumprida tal determinação.

Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em local diverso que o estabelecimento comercial da empresa, o mesmo é nulo. Assim, o contribuinte requer que a anulação do citado lançamento seja cancelada a exigibilidade do crédito fiscal.

Da inabilitação profissional: quanto à realização da perícia – contábil é necessário que o responsável pela tal fiscalização tenha o registro no Conselho Regional de Contabilidade - C.R.C.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Foi constatado que até a presente data o Sr. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional não comprovou mediante certidão fornecida pelo Conselho Regional de Contabilidade que está registrado e devidamente habilitado para exercer tal atribuição de contador. Sendo, então nulo o procedimento fiscal, porque o responsável pelo tal ato não está capacitado pra exercê-lo.

Do direito: o contribuinte não concorda com a lavratura do presente auto de infração, uma vez que a infração não se consumou de fato, não podendo assim prosperar a autuação.

Do levantamento específico: é notório que o Fisco cometeu um equívoco, quando partiu de meras presunções, não tendo o fisco o intuito de ensejar ao julgador requisitos de confiabilidade.

Portanto, nota-se que existe precipitação pela autoridade fiscal no sentido de imputar a este contribuinte, infrações sem o devido embasamento, o qual só seria obtido através de um exame pormenorizado em todo o setor contábil da empresa, ou seja, a realização de um levantamento fiscal específico.

Conforme a descrição dos fatos que acompanha o presente auto de infração, o mesmo foi lavrado em decorrência da "omissão de rendimentos".

É indiscutível que a autuação não está calcada em elementos suficientes capazes de gerar um valor passível a ser lançado e exigido.

Acerca da fiscalização, verifica-se que é improcedente e injusta a exigibilidade do imposto, em virtude da mera presunção de existência de operações tributáveis.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Deste modo, conclui-se que não houve a aplicação dos dispositivos legais invocados.

Existindo a hipótese de incidência tributária, surge com ela a obrigação tributária que é formalizado pelo crédito tributário, uma vez que a hipótese de incidência tributária não foi concluída, pois, não houve auferimento de renda, então não há que se falar em obrigação tributária e muito menos o crédito tributário. Sendo certo que não houve omissão de rendimentos, não há como se cogitar fato gerador para o lançamento de tributo.

Diante da descaracterizada a exigibilidade dos impostos em tela, conclui-se pela improcedência das exigibilidades atribuídas ao contrário em questão.

Das inconstitucionalidade e ilegalidades do PIS: sucede que através do Decreto-Lei de nº 2.445/88, com redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 2.449/88, alterou-se a base de cálculo e a alíquota da contribuição para o PIS. Tal exação está sendo cobrada em desacordo com a CF e com o CTN.

A exação incidia inicialmente sobre o faturamento da empresa, mediante alíquota de 0,5%, tendo o PIS sido exigido e arrecado por cerca de 18 anos.

A base de cálculo foi modificada de faturamento para receita operacional bruta. A alíquota inicialmente fixada em 0,5% foi elevada para 0,65%, essa majoração aliada à redução do prazo de recolhimento, resultou na elevação dos custos de produção e de comercialização de produtos, estendendo-se às empresas prestadoras de serviços, as quais viram-se obrigadas a administrar melhor seus negócios da União.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Portanto, ante a declaração de inconstitucionalidade dos aludidos Decretos-Leis N^{os}. 2.445/88 e 2.449/88, o imposto em tela não é devido pela Recorrente.

Das inconstitucionalidade e ilegalidades do COFINS: a recorrente está sujeita ao recolhimento da COFINS, instituída pela Lei Complementar 70/91. O art. 2º da referida Lei Complementar determinou que a contribuição será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

A Lei Ordinária não pode alterar Lei Complementar: ocorre que as leis complementares são hierarquicamente superiores as leis ordinárias, assim sendo, verifica-se que a Lei nº 9718/98 é inferior hierarquicamente do que a Lei Complementar nº 70/91, não podendo alterar a base de cálculo e a alíquota da COFINS.

Da ofensa ao artigo 110 do CTN: determina que a lei tributária não pode alterar a definição, conteúdo e o alcance de institutos. Deste modo, a utilização de qualquer outra definição para a base de cálculo da exação afronta diretamente o art. 195, I da CF/88.

Portanto, a nova base de cálculo instituída pela Lei Ordinária nº 9718/98, não deve e não pode prevalecer diante de sua ilegalidade.

Por estas razões, é inconstitucional a ampliação da base de cálculo e da alíquota da COFINS, devendo a exação ser recolhida sobre o faturamento da recorrente nos termos da LC 70/91, vale dizer, base de cálculo incidindo sobre o faturamento e alíquota de 2% sobre o mesmo.

Dos acréscimos – da multa: de acordo com a Lei nº 9.289/96 ficou fixada que as multas de mora seriam de 2% quando relacionadas a crédito e concessão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

de financiamento ao consumidor, ou quando decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

Deste modo, no presente Auto de Infração, verifica-se que o valor referente à multa perfaz mais de 20% do valor originário da dívida.

Contudo, no momento que o Fisco age desta forma, sob o pretexto de exigir o pagamento de exigir o pagamento em dia das obrigações, este dá fim confiscatório ao tributo, embutido na sua cobrança juros e multas exorbitantes, fora da atual conjuntura econômica.

Desta forma, o Fisco não pode agir ilimitadamente na sua pretensão, sob pena de dar caráter, na medida em que a fixação das penalidades se mostra incompatíveis com a realidade atual, bem como discordante com o previsto na CF.

Assim, podemos concluir que a sistemática utilizada não só pela Receita Federal, no presente caso, mas em todas as situações tributárias em que ocorre atraso de pagamento, já está amplamente superada, necessitando de uma reformulação nas penalidades atualmente utilizadas.

Dos juros – taxa Selic: o Fisco não poderia reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculados por taxas de juros de natureza remuneratória (como é o caso da SELIC), sob pena de ofensas ao conceito jurídico econômico de juros moratórios, e de ferir aos mandamentos contidos no art. 192, § 3º da CF e do art. 161, § 1º do CTN.

Deste nodo, há impossibilidade da utilização da taxa de referência SELIC como taxa de juros moratórios para os tributos, já que a mesma não possui



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

natureza indenizatória, própria dos juros moratórios e por tratar-se de meio de remuneração e não de indenização.

Portanto, os valores cobrados a título de juros moratórios superiores ao limite constitucional de 1% ao mês deverão ser excluídos do Auto de Infração por serem inexigíveis.

Por fim, a recorrente requer que seja determinada a total procedência da defesa, decretando a total improcedência da autuação fiscal, ou então uma redução considerável no montante almejado pelo fisco. E protesta-se por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de novos documentos.

A 2ª TURMA da DRJ em Juiz de Fora/MG através do acórdão 5.401 de 26 de novembro de 2003 decidiu por julgar procedente o lançamento. O acórdão traz como ementa o seguinte:

"IRPJ - LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO – O entendimento do art. 10º do Decreto nº 70.235/72 é no sentido de que o auto de infração será lavrado onde à falta foi constatada, nada impedindo, portanto, que ocorra a lavratura no interior da repartição.

INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE – Compete exclusivamente ao Judiciário apreciar alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais em vigor.

OMISSÃO DE RECEITAS – Comprovada nos autos a prática de omissão de receitas, pela falta de contabilização de algumas notas fiscais de vendas, correto o lançamento de ofício para exigência dos tributos devidos.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA – A exigência da multa de ofício isolada, por falta de recolhimento do IRPJ sobre base de cálculo mensais isoladas, processada



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

na forma dos autos, estão prevista em normas regularmente editadas, não tendo o julgador de 1ª instância administrativa competência para apreciar argüições contra a sua cobrança".

O relator em seu voto pela DRJ em Juiz de Fora afirma que as preliminares trazidas pelo contribuinte, que visam a nulidade dos lançamentos, não merecem prosperar por seguintes razões:

Em face do disposto no artigo 10 do Decreto 70.235/72, na qual depreende-se que o auto de infração será lavrado onde à falta foi constatada, e não onde foi praticada, nada impede que a lavratura seja no interior da repartição ou até mesmo em outro lugar na jurisdição do sujeito passivo.

Que a impugnante não se inteirou adequadamente das infrações apuradas pelo Fisco: afirma que o fisco lançou por presunção, quanto em realidade tratam-se de três valores apurados mediante o trabalho fiscal no qual foram computadas, todas as notas fiscais emitidas pelo contribuinte nos anos de 1997 e 1998, sendo que os totais foram confrontados com os valores contabilizados no Livro Registro de Saídas. E que nada alega quanto a reconstituição das bases de cálculo das estimativas mensais, das quais resultou a exigência da multa de ofício isolada em razão das insuficiências de recolhimentos.

No que se refere os lançamentos reflexos do PIS e COFINS, nenhum reparo há ser feito na constituição do crédito tributário do PIS e COFINS, tampouco da CSLL. O PIS está sendo exigido com base na Lei Complementar 07/70 e na MP 1212/95 e reedições.

No que concerne a COFINS, o ilustre defensor contestou a Lei 9.718/98, que não foi aplicada no lançamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Em relação à exigência da multa de ofício, inclusive a multa isolada por insuficiência no recolhimento mensal por estimativa é necessário que vejamos os seguintes dispostos: o artigo 957 do RIR/95 e o artigo 222 do RIR/99. Depreende-se dos dispositivos que comprovado os recolhimentos do IRPJ por estimativa deixaram de ser realizados, sendo correta aplicação da multa isolada. De igual forma está correta a exigência da multa de ofício sobre as receitas omitidas.

No presente caso foi aplicado o disposto no art. 6, § 2º da Lei nº 9.430/96, à legislação que trata da exigência de juros de mora à taxa Selic, a partir de janeiro de 1997.

É válido consignar, somente, a título ilustrativo em razão do mencionado pela impugnante, no tocante a cobrança da multa no percentual de 75% e juros à taxa Selic que qualquer apreciação sobre constitucionalidade de leis, deve ser submetida ao crivo do poder judiciário que detém com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria CF.

DO RECURSO:

Ciente da decisão em 23/03/04, conforme AR de folha 266, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 23/04/04 de fl.267/295, argumentando, em síntese, o seguinte:

Que o lançamento de ofício do IRPJ foi efetuado, tendo em vista que foram apuradas omissões de receitas no período de dezembro de 1998, ainda foi autuada nos seus reflexos, ou seja, a CSLL, PIS e COFINS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

O contribuinte não concorda com a lavratura feita pela fiscalização, pois configura-se um excesso se esta autuação prosseguir.

De acordo com o disposto no artigo 10 do Decreto Federal nº 70.235/72, é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração ser lavrada no local do estabelecimento fiscalizado. Sendo assim, inválida quando não cumprida tal determinação.

Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em local diverso que o estabelecimento comercial da empresa, o mesmo é nulo. Assim, o contribuinte requer que a anulação do citado lançamento seja cancelada a exigibilidade do crédito tributário.

O auto de infração no presente caso não pode prosperar, pois está eivado de vício insanável a ensejar de plano a sua nulidade, em razão de sua lavratura ter se dado por fiscal inabilitado para tanto.

De acordo com o disposto no art. 4º, I, da Lei Federal 4.717/65 caracteriza ato nulo por infringir, a um só tempo a lei específica que regulamenta a profissão.

No que tange o levantamento fiscal, pode-se dizer que é notório a precipitação pela autoridade fiscal no sentido de imputar a este contribuinte, infrações sem o devido embasamento, o qual só seria obtido através de um exame pormenorizado em todo o setor contábil da empresa, ou seja, a realização de um levantamento fiscal específico.

A recorrente está sujeita ao recolhimento da COFINS, instituída pela Lei Complementar 70/91. O art. 2º da referida Lei Complementar determinou que a contribuição será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

considerado a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

No que tange a ofensa ao artigo 110 do CTN, este determina que a lei tributária não pode alterar a definição, conteúdo e o alcance de institutos. Deste modo, a utilização de qualquer outra definição para a base de cálculo da exação afronta diretamente o art. 195, I da CF/88.

Que a multa está contido no disposto da Lei nº 9.289/96 ficando fixada que as multas de mora seriam de 2% quando relacionadas a crédito e concessão de financiamento ao consumidor, ou quando decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

Deste modo, no presente Auto de Infração, verifica-se que o valor referente à multa perfaz mais de 20% do valor originário da dívida.

Assim, podemos concluir que a sistemática utilizada não só pela Receita Federal, no presente caso, mas em todas as situações tributárias em que ocorre atraso de pagamento, já está amplamente superada, necessitando de uma reformulação nas penalidades atualmente utilizadas.

O Fisco não poderia reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculados por taxas de juros de natureza remuneratória (como é o caso da SELIC), sob pena de ofensas ao conceito jurídico econômico de juros moratórios, e de ferir aos mandamentos contidos no art. 192, § 3º da CF e do art. 161, § 1º do CTN.

Deste nodo, há impossibilidade da utilização da taxa de referência SELIC como taxa de juros moratórios para os tributos, já que a mesma não possui



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

natureza indenizatória, própria dos juros moratórios e por tratar-se de meio de remuneração e não de indenização.

Portanto, os valores cobrados a título de juros moratórios superiores ao limite constitucional de 1% ao mês deverão ser excluídos do Auto de Infração por serem inexigíveis.

Por fim, o recorrente requer que se demonstre descaracterizada a exigibilidade da multa no presente caso, lastreada em indícios precipitadamente adotados que se analisados com maior profundidade e critério do Sr. Fiscal, concluir-se-ia pela improcedência das exigibilidades atribuídas ao contrário em questão. A recorrente aguarda ser decretada a total improcedência no montante almejado pelo fisco. Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito.

Como garantia arrolou bens.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

V O T O

Conselheiro: JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator:

QUESTÃO PRELIMINAR - PEREMPÇÃO

A contribuinte foi cientificada da decisão de primeira instância no dia 23 de março de 2004 numa terça feira, conforme Aviso de Recebimento constante da página 266, tendo início o prazo para interposição de recurso dia 24 de março de 2004 numa quarta feira, e vencimento em 22 de abril de 2004 numa quinta feira.

A contribuinte interpôs recurso contra a decisão de primeira instância em 23 de abril de 2004 numa sexta feira, conforme carimbo de recepção constante da página 267.

Diz o artigo 33 do Decreto 70.235/72 que rege o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 33 - Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, **dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. (grifamos)**

Art. 42. - São definitivas as decisões:

I - De primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto.

O prazo para interposição de recurso venceu no dia 22 de abril de 2004 quinta, sendo portanto o recurso apresentado em 23 de abril do mesmo ano

intempestivo e, nos termos do artigo 42 supra transcrito, a decisão de primeira instância passou a ser definitiva.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº. : 10650.001106/2002-08

Acórdão nº. : 105-14.854

Considerando que a empresa não cumpriu o prazo previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 para interposição de recurso contra a decisão singular.

Considerando que em seu recurso o contribuinte não ataca a intempestividade ocorrida.

Deixo de conhecer o recurso, por perempto.

Sala das Sessões DF, em 01 de dezembro de 2004

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Clovis Alves', written over the printed name.

JOSE CLOVIS ALVES