



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº	10680.007190/2006-31
Recurso nº	159.921 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRPJ - Ex(s): 2005
Acórdão nº	108-09.825
Sessão de	05 de fevereiro de 2009
Recorrentes	2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG e S. SANTOS ASSESSORIA LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

MULTA QUALIFICADA - APLICAÇÃO - CARACTERIZAÇÃO DE DOLO - Incabível a qualificação da multa de ofício quando não caracterizada nos autos a prática de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada. A constatação de entrega de DCTF com os campos em branco em apenas um período de apuração do imposto não justifica a aplicação da multa exacerbada, quando as informações respectivas estavam indicadas na DIPJ.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO ACÓRDÃO - Rejeita-se preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância que negou pedido de perícia, quando não configurado vício ou omissão de que possa ter decorrido o cerceamento ao direito de defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - INDEFERIMENTO DE PERÍCIA - O pedido de realização de perícia está sujeito ao que determina o inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72. Além disso, ela também se submete a julgamento, não implicando deferimento automático, mormente quando a negativa é fundamentada na inexistência de início de prova que a justificasse.

IRPJ - RETIFICAÇÃO DA DCTF - Considera-se sem efeito a retificação da DCTF para inclusão de valores de tributos, quando a pessoa jurídica se encontrava sob procedimento fiscal iniciado a menos

de sessenta dias, artigo 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72.

IRPJ - OPÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO - TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO REAL - Ao teor do artigo 516, §§ 1º e 4º do RIR/99, a opção pelo Lucro Presumido se manifesta pelo recolhimento da 1ª primeira ou única quota do imposto devido. Não sendo feita pela contribuinte a opção pelo Lucro Presumido na forma da legislação de regência, correta a tributação dos valores apurados pelo Fisco levando em conta o Lucro Real determinado com base na sua escrituração contábil, livros Diário e Razão.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo. Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes.

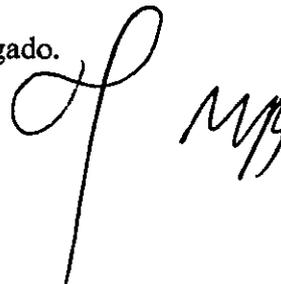
TAXA SELIC - JUROS DE MORA - PREVISÃO LEGAL - Os juros de mora são calculados pela Taxa Selic desde abril de 1995, por força da Medida Provisória nº 1.621. Cálculo fiscal em perfeita adequação com a legislação pertinente. Súmula nº 04 do 1º Conselho de Contribuintes.

MULTA DE OFÍCIO - CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO - A multa de ofício constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, não se aplicando a ela o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal.

CSLL - LANÇAMENTO DECORRENTE - O decidido no julgamento do lançamento principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica faz coisa julgada no dele decorrente, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existente.

Preliminar Rejeitada.

RO Negado e RV Negado.

Handwritten signature and initials in black ink, appearing to be 'J' and 'MB'.

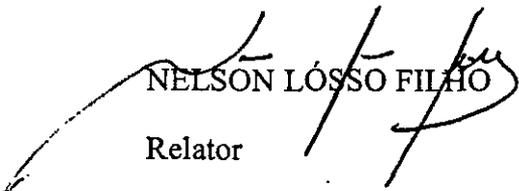
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG e S. SANTOS ASSESSORIA LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de 1ª instância, e no mérito, NEGAR provimento ao recurso., nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente

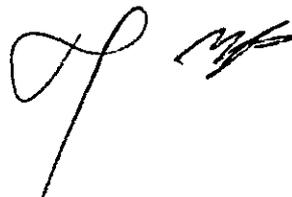


NELSON LOSSÓ FILHO

Relator

FORMALIZADO EM: 28 JUL 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA, IRINEU BIANCHI, VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA e CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER. Ausente, momentaneamente, a Conselheira KAREM JUREIDINI DIAS.



Relatório

Constam dos autos os recursos de ofício e voluntário, interpostos, respectivamente, pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte e pela empresa S. Santos Assessoria Ltda..

O recurso de ofício, interposto no Acórdão nº 02-12.687, proferido em 12 de dezembro de 2006 pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte, acostado aos autos às fls 434/453, foi motivado por ter o julgamento singular exonerado a impugnante da qualificação da multa de ofício, reduzindo o seu percentual a 75%, por não restar comprovado nos autos a ocorrência de dolo, conforme está consignado às fls. 447/450.

Diante dessa decisão, cuja exoneração do sujeito passivo ultrapassou em seu total a R\$ 1.000.000,00 (tributo e multa), limite de alçada previsto no inciso I do artigo 34 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações das Leis nºs 8.748/93 e 9.532/97 e Portaria MF 03/2008, apresentam os julgadores, no resguardo do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, o competente recurso *ex officio* de fls. 453.

O recurso voluntário diz respeito ao remanescente do lançamento contra a empresa S. Santos Assessoria Ltda, autos de infração do IRPJ, fls. 04/09, e CSLL, fls. 16/20, por ter a fiscalização constatado no ano-calendário de 2004 a seguinte infração, descrita às fls. 06/07:

“Durante os procedimentos fiscais constatamos o seguinte: o contribuinte apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ relativa ao exercício de 2005, ano-calendário de 2004 pelo Lucro Presumido.

Apresentou a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, relativa ao 2º Trimestre de 2004 “Zerada”.

Depois de iniciada a fiscalização, o contribuinte apresentou DCTF retificadora, em 21/10/05, com informações de débitos referentes ao IRPJ e CSLL.

Em pesquisas aos sistemas da SRF, não encontramos recolhimentos do imposto.

Dessa forma, tendo em vista a apresentação da DCTF retificadora após o início dos procedimentos fiscais e, considerando a falta de recolhimento do imposto devido, e, ainda, considerando que a opção pela tributação com base no lucro presumido é manifestada quando do pagamento da primeira quota ou da quota única do imposto devido, correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (RIR/99, art. 516, § 1º e 4º), a forma de apuração do lucro para efeito do imposto de renda, necessariamente será efetuada pelo lucro real.



Juntamente com o IRPJ deverá ser recolhido o valor do adicional correspondente a 10% sobre a parcela do lucro real que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração.

Dessa forma, a parcela do lucro real trimestral que exceder ao valor de R\$ 60.000,00 sujeita-se à incidência de adicional do imposto de renda à alíquota de 10%.

Diante disso, efetuamos o lançamento de ofício do IRPJ e do Adicional apurado pela fiscalização conforme planilha "Cálculo do IRPJ pelo Lucro Real" em anexo e, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal em anexo."

A descrição dos fatos é complementada pelo o fiscal autuante no Termo de Verificação Fiscal de fls. 10/13, de onde extraio o excerto a seguir:

"Entrega das declarações e apuração dos lucros.

Durante o período fiscalizado, a contribuinte optou pelo regime de tributação pelo lucro presumido e escriturou os livros Diário e Razão.

No exercício de 2005, ano-calendário de 2004, a contribuinte entregou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, no prazo regulamentar concedido pela legislação, 30/06/05, exercendo a opção pelo regime do Lucro Presumido.

Entregou também, no prazo regulamentar (13/08/04), a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, relativa ao 2º trimestre de 2004, com inexistência de débitos, 'zerada' (doc. fls. 99/100).

Vale recordar, a DIPJ – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, possui apenas caráter informativo. A confissão de débitos se dá efetivamente através da DCTF.

E a opção pela tributação através do regime de apuração pelo lucro presumido é manifestada com o pagamento da primeira, ou única, quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário, sendo tal opção definitiva para todo o exercício, (RIR/99, art. 516, §§ 1º e 4º).

Em consultas aos sistemas da SRF não encontramos pagamentos do imposto referente ao ano-calendário de 2004.

Em 21/10/05, a empresa apresentou a DCTF retificadora relativa ao 2º trimestre de 2004, para inclusão dos débitos referentes ao IRPJ e CSLL. Depreende-se, que, somente depois de iniciada a ação fiscal a fiscalizada veio apresentar a DCTF retificadora.



Considerando, o disposto no Parágrafo único do art. 138 do CTN, 'Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionada com a infração'. E, ainda, o art. 7º, § 1º do Decreto nº 70.235/72: "O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.'

Considerando também, que a opção pela tributação pelo lucro presumido é manifestada com o pagamento da primeira, ou única, quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário, sendo tal opção definitiva para todo o ano-calendário, conforme determinação contida no artigo nº 516, §§ 1º e 4º do RIR/99. E, como não houve pagamento do imposto desse exercício, não é válida a opção pelo lucro presumido.

Concluimos que a entrega da declaração retificadora (DCTF) apresentada em 21/10/05, não está amparada pelo instituto da denúncia espontânea, conforme determina o art. 138 do CTN, e art. 7º, § 1º do Decreto nº 70.235/72. Assim, a forma de apuração do lucro, apara efeito de declaração do imposto sobre renda, necessariamente se dará pelo lucro real.

Diante disso, a contribuinte foi intimada, em 11/04/06, através do Termo de Intimação Fiscal nº 06, para elaborar as demonstrações financeiras e determinar o cálculo do IRPJ e CSLL pelo lucro real trimestral, conforme determina a legislação tributária vigente.

Em resposta, informou que a empresa preenche os requisitos do artigo 516 do RIR/99, razão pela qual optou pelo lucro presumido, e, como não está obrigada à tributação pelo lucro real, não há como fazer as demonstrações financeiras nem como determinar o cálculo do IRPJ e CSLL por esta forma de tributação.

Diante disso, esta fiscalização tomou as providências pertinentes para a correta apuração do IRPJ e CSLL.

Apuração do Lucro Real.

Em face da escrituração dos livros Diário e Razão preencher os requisitos exigidos pela legislação comercial e contábil, e reunindo condições para apurar o lucro contábil e o lucro sujeito à tributação do imposto de renda, consideramos a sua contabilidade viável e suficiente para a apuração consistente do lucro real.

Diante disso, efetuamos o cálculo do IRPJ pelo lucro real trimestral, conforme planilha "Cálculo do IRPJ pelo Lucro Real", fls. 141, considerando-se as receitas de prestação de



serviços pelo valor líquido, ou seja, excluindo-se os custos e as despesas registradas em sua contabilidade.

Cabe salientar que, tendo em vista a conduta dolosa da contribuinte, caracterizada pela supressão ou redução de tributo, ou omissão de informações prestadas nas declarações (DCTF), incorrendo em falsidade ideológica, o lançamento de ofício para cobrança do imposto foi efetuado com incidência de multa de ofício gravosa, ou qualificada, por determinação do artigo 957, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n.º 3.000/99."

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 03 de agosto de 2006, em cujo arrazoado de fls. 163/204 contesta os autos de infração.

Em 12 de dezembro de 2006 foi prolatado o Acórdão n.º 02-12.687, da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte, fls. 434/453, que considerou procedente em parte o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2004

PEDIDO DE ARBITRAMENTO DO LUCRO PELA DEFESA.

O arbitramento de lucros é uma salvaguarda do crédito tributário posta a serviço da Fazenda Pública e não pode ser usado como instrumento de defesa do sujeito passivo para elidir ou reduzir o imposto apurado com base na escrituração existente.

LUCRO REAL. PRIORIDADE.

Havendo elementos contábeis suficientes, a autoridade fiscal deve lançar o imposto pelo lucro real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Ano-calendário: 2004

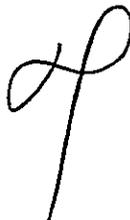
APURAÇÃO DA CSLL.

À CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto das pessoas jurídicas, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

MULTA DE OFÍCIO



Nos lançamentos de ofício será aplicada a multa normal prevista, em lei, no percentual de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de tributo, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A multa de ofício somente será qualificada, no percentual de 150%, se houver o intuito de fraude, devidamente caracterizado em procedimento fiscal.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

É legítima a exigência de juros de mora tanto sobre os débitos lançados como das respectivas multas, calculados pela Taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao dos respectivos vencimentos dos prazos até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento, conforme determinação legal expressa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL

À luz das regras contidas no Processo Administrativo Fiscal – PAF, o início do procedimento fiscal tem o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

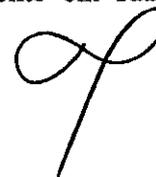
Lançamento Procedente em Parte. ”

Cientificada em 20 de abril de 2007 e novamente irresignada com o Acórdão de Primeira Instância, apresenta seu recurso voluntário protocolado em 22 de maio de 2007, em cujo arrazoado de fls. 464/516, alega, em apertada síntese, o seguinte:

1- a nulidade do acórdão de primeira instância, pela falta de análise do pedido de perícia formulado pela empresa, que pretendia produzir provas que não foram possíveis apresentar na fase de impugnação;

2- o autuante tenta forçar a pessoa jurídica a pagar IRPJ e CSLL baseados em lucro real, assim como COFINS e PIS em regime não-cumulativo, mesmo tendo a recorrente retificado a declaração de renda sob o regime do lucro presumido. Justifica tal procedimento com suposta perda de espontaneidade, embora a retificação da declaração de renda e da DCTF não constituam denúncia espontânea. O artigo 138 do CTN é inaplicável ao caso, não podendo ser usado, pois trata de confissão de infração e não de declaração de tributo;

3- o artigo 147, § 1º do CTN permite a retificação de declaração quando for para aumentar tributos, só há restrições no caso de redução ou exclusão. A recorrente em suas



declarações retificadoras incluiu débitos antes não declarados, aumentando o IRPJ, a CSLL, a COFINS e o PIS a pagar;

4- sem notificação de lançamento, que não se confunde com notificação de início da ação fiscal, e sem redução ou exclusão de tributo, a declaração do sujeito passivo pode ser retificada a qualquer tempo;

5- a retenção do imposto de renda na fonte é meio indireto de pagamento, feito em nome do contribuinte;

6- como a retenção do imposto de renda deve ser considerada segundo a forma de tributação adotada pelo sujeito passivo, ela é tida como antecipação do imposto pelo lucro presumido;

7- a fiscalização ao constatar irregularidades na escrituração e que esta não merecia confiança ou fé, deveria ter arbitrado o lucro tributável e não construído um suposto lucro real ao descaracterizar o lucro presumido;

8- as multas lançadas são exorbitantes e excessivas e têm efeito confiscatório;

9- a punição exagerada contida na legislação ofende a vários princípios constitucionais: da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena;

10- o Fisco ao lançar o IRPJ, o PIS, a COFINS e a CSLL, não deduziu o IRRF, o PIS, a COFINS e a CSLL retidos pelas fontes pagadoras. Também não deduziu os créditos em relação ao PIS e à COFINS não-cumulativos;

11- é ilegal e inconstitucional a aplicação da Taxa SELIC como juros de mora, não podendo também incidir sobre a multa de ofício, pois o artigo 161 do CTN prevê apenas sua imposição sobre o crédito tributário propriamente dito, o tributo;

12- os juros são acessórios do tributo e não da multa, esta também é acessório do tributo.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NELSON LOSSO FILHO, Relator

O recurso de ofício tem assento no art. 34, I, do Decreto n.º 70.235/72, com a nova redação dada por meio do art. 67 da Lei n.º 9.532/97, contendo os pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Concluindo os julgadores ter sido o lançamento promovido ao arrepio das normas vigentes, restou-lhes considerá-lo parcialmente improcedente para exigência do crédito tributário respectivo, interpondo o recurso de ofício de fls. 453.

Do reexame necessário, verifico que deve ser confirmada a exoneração processada pelos membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte, não merecendo reparos a sua decisão, visto que assentada em interpretação da legislação tributária perfeitamente aplicável às hipóteses submetidas à sua apreciação.

Com efeito, não ficou caracteriza a situação de conduta dolosa praticada pela empresa que motivasse a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150%. O fato apurado pela fiscalização, a falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL no segundo trimestre do ano-calendário de 2004, com a entrega da DCTF desse período com os campos zerados, não pode sustentar a aplicação da multa exacerbada, por não restar caracterizada a intenção dolosa do contribuinte em deixar de levar ao conhecimento do Fisco a ocorrência do fato gerador do tributo, podendo se constituir a falta de preenchimento de única DCTF em mero erro ou omissão, tendo em vista que as informações respectivas foram apresentadas na DIPJ.

A imposição da multa qualificada de 150% depende de procedimento adotado pela fiscalização que identifique e comprove a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. O ônus da prova, quando da imposição de penalidades pela constatação de dolo, fraude ou simulação cabe a quem alega, à Fazenda Pública, o que não restou configurado no auto de infração, nem, tampouco, no Termo de Verificação Fiscal.

Paulo Celso B. Bonilha, em seu livro *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*, pág. 76, 2ª Edição, Editora Dialética, afirma ao tratar de ônus da prova:

"Sob esta perspectiva, a pretensão da Fazenda funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda o ônus de comprovar a sua existência. Esse é o teor da conclusão de Tesouro, que extrai da relação substancial a regra processual da carga da prova, "in verbis":

"No processo tributário, a prova deve resultar do fato em que é fundamentado o provimento (nos limites, obviamente, nos quais o recorrente contestou tal ou quais fatos); se o fato não resulta provado, o provimento é infundado e, portanto, deve ser anulado: essa regra substancial, da qual descende a regra processual do ônus da prova a cargo da Fazenda."



As infrações tributárias podem ser classificadas conforme a participação subjetiva do agente, sendo definidas como subjetivas ou objetivas. As infrações subjetivas são aquelas em que para ficar caracterizado o que exige a lei deve ser provado que o autor do ilícito tenha agido com dolo ou culpa.

Paulo de Barros Carvalho, em seu livro Curso de Direito Tributário, 14ª edição, às pág. 510/511, conclui o seguinte quanto ao ônus da prova no caso de constatação de dolo fraude ou simulação:

“O discrimine entre infrações objetivas e subjetivas abre espaço a larga aplicação prática. Tratando-se da primeira, o único recurso de que dispõe o suposto autor do ilícito, para defender-se, é concentrar razões que demonstrem a inexistência material do fato acoimado de antijurídico, descaracterizando-o em qualquer de seus elementos constituintes. Cabe-lhe a prova, com todas as dificuldades que lhe são inerentes. Agora, no setor das infrações subjetivas, em que penetra o dolo ou a culpa na compostura do enunciado descritivo do fato ilícito, a coisa se inverte, competindo ao Fisco, com toda a gama instrumental dos seus expedientes administrativos, exhibir os fundamentos concretos que revelem a presença do dolo ou da culpa, como nexos entre a participação do agente e o resultado material que dessa forma produziu. Os embaraços dessa comprovação, que nem sempre é fácil, transmudam-se para a atividade fiscalizadora da Administração, que terá a incumbência intransferível de evidenciar não só a materialidade do evento como, também, o elemento volitivo que propiciou ao infrator atingir seus fins contrários às disposições da ordem jurídica vigente.

As dificuldades a que nos reportamos, sejam as experimentadas pelo sujeito passivo, no caso de impugnar pretensões punitivas por ilícitos de natureza objetiva, sejam aquelas outras que os funcionários da fiscalização tributária enfrentam para certificar a infração subjetiva, nem sempre são adequadamente suplantadas. Nos autos de infração, o agente limita-se a circunscrever os caracteres fácticos, fazendo breve alusão ao cunho doloso ou culposos da conduta do administrado. Isto não basta. Há de provar, de maneira inequívoca, o elemento subjetivo que integra o fato típico, com a mesma evidência com que demonstra a integração material da ocorrência fáctica.

É justamente por tais argumentos que as presunções não devem ter admissibilidade no que tange às infrações subjetivas. O dolo e a culpa não se presumem, provam-se.” (grifo nosso)

Portanto, no caso de fraude, dolo ou simulação, a imputação de penalidades pelo Fisco necessita que estas ocorrências sejam provadas, independentemente da apuração da infração fiscal.



Em face do que dos autos consta, é de ser confirmada a decisão de primeira instância, pelos seus exatos fundamentos e conclusões. Neste sentido, voto por negar provimento ao recurso de officio.

Passo, agora, à análise do recurso voluntário de fls. 464/516.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Deixo registrado que a empresa em seu recurso voluntário trouxe argumentações que nitidamente não se coadunam com as matérias discutidas neste processo, que com certeza dizem respeito a outras exigências fiscais, não tendo relação alguma com os lançamentos do IRPJ e da CSLL, por serem inaplicáveis ao caso em voga ou porque já acatadas pelo julgamento de primeira instância, motivo pelo qual não serão enfrentadas neste voto.

As alegações da empresa que não se relacionam diretamente com as infrações detectadas correspondem aos seguintes itens do recurso de fls. 464/516: omissão de receitas, fraude, simulação e dissimulação, dolo, ocultação de beneficiários; vedado lançamento por presunção; provas ilícitas; depósitos bancários não geram presunção de renda nem podem ser motivo de lançamento; receita e faturamento, lei 8.718 é inconstitucional (STF), sistema cumulativo é o aplicável; depósitos bancários não caracterizam omissão de receita, desembolsos a beneficiários não identificados e multas exacerbadas (não provado intuito de fraude).

As matérias em litígio, levando-se em conta os itens do recurso voluntário pertinentes a estes autos, se referem à nulidade do acórdão de primeira instância pela falta de análise do pedido de perícia, a possibilidade de retificação da DIPJ para a tributação pelo Lucro Presumido mesmo após o início da ação fiscal, lançamento do IRPJ e CSLL ano de 2004 baseado em suposto lucro real, verdadeiro arbitramento sem uso de percentual justo, a falta de dedução da base de cálculo do IRPJ do IRRF, do PIS, da COFINS e da CSLL retidos pelas fontes pagadoras e dos créditos em relação ao PIS e à COFINS não-cumulativos, o efeito confiscatório da multa de officio e a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic como juros de mora.

De plano, rejeito a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância suscitada pela recorrente.

O não acatamento pelos julgadores de primeira instância do pedido de diligência formulado pela autuada não caracterizou o cerceamento ao direito de defesa. O instituto da perícia é instrumento que deve servir ao julgador, e não só à parte, na busca de sedimentar a sua convicção sobre os fatos em litígio, devendo ser utilizado quando há dúvida, contradição ou início de prova que, a seu critério, a justifique.

A perícia não é instrumento adequado para trazer ao processo elementos que dependam de comprovação pelo próprio autuado, situação ínsita aos controles do fiscalizado, de fácil demonstração nestes autos, se efetivamente pertinentes.



A infração detectada resume-se a falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL do 2º trimestre do ano-calendário de 2004, montantes não declarados pela contribuinte, com apresentação da DCTF relativa a esse período com os campos zerados, e a opção indevida pelo lucro presumido, por desrespeito ao contido no artigo 516, §§ 1º e 4º do RIR/99, a falta de pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração do ano-calendário.

Todos os elementos trazidos aos autos militam contra a recorrente, que em nenhum momento logrou, por elementos probantes, colocar em dúvida a acusação contida no trabalho fiscal. Pelo contrário, permanecem incólumes todas as provas coletadas pelo Fisco.

As esparsas alegações apresentadas pela empresa não conseguiram ilidir a constatação da irregularidade detectada pela fiscalização. Não junta a pessoa jurídica nenhum documento ou qualquer outro elemento que justifique o procedimento adotado.

Tangencia a empresa em seu recurso pela contestação dos elementos aditivos constantes da descrição dos fatos, deixando de produzir a necessária comprovação da inexistência da infração detectada.

Tomaram os auditores da Receita Federal do Brasil todas as providências para realizar uma justa tributação, não sendo aplicável ao caso qualquer justificativa a respeito de exigência com base em ficção tributária.

Incabível a alegação da pessoa jurídica de que teria retificado a DCTF do 2º trimestre de 2004 para inclusão dos valores de tributos escriturados, mas não declarados nesse período, pois à época da apresentação da retificadora a empresa se encontrava sob procedimento de fiscalização, o que suspendia a sua espontaneidade na alteração pretendida.

A contribuinte foi cientificada do Termo de Início de Ação Fiscal em 13/09/2005 e a DCTF retificadora está datada de 21/10/2005, o que exclui a espontaneidade para qualquer modificação no montante declarado, não produzindo os efeitos por ela pretendidos, segundo o § 1º do artigo 7º do Decreto nº 70.235/72.

Também não se sustenta o argumento de que não poderia ter sido tributada pelo lucro real, tendo em vista sua opção pelo lucro presumido, pois o § 4º do artigo 516 do RIR/99 prevê que a opção pelo lucro presumido somente se manifesta pelo recolhimento em código próprio do Imposto de Renda, código nº 2089, em quota única ou primeiro pagamento, não bastando para tanto a simples retenção do IR Fonte realizada pela tomadora do serviço para firmar tal opção.

O artigo 516 do RIR/99 tem a seguinte redação:

"Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13).



§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 1º).

§ 2º Relativamente aos limites estabelecidos neste artigo, a receita bruta auferida no ano anterior será considerada segundo o regime de competência ou caixa, observado o critério adotado pela pessoa jurídica, caso tenha, naquele ano, optado pela tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 2º).

§ 3º A pessoa jurídica que não esteja obrigada à tributação pelo lucro real (art. 246), poderá optar pela tributação com base no lucro presumido.

§ 4º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 26, § 1º).

§ 5º O imposto com base no lucro presumido será determinado por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observado o disposto neste Subtítulo (Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 25)."

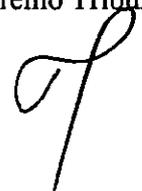
No que concerne à tributação pelo lucro real adotada no lançamento, ante a impossibilidade de opção pelo Lucro Presumido, também não tem razão a recorrente quando alega que o lucro deveria ter sido arbitrado, haja vista que a fiscalização nada mais fez do que utilizar os elementos constantes dos Livros Diário e Razão escriturados pela própria contribuinte, valores não questionados pela empresa no seu recurso.

Melhor sorte não tem a pessoa jurídica quando solicita a dedução no cálculo do IRPJ da CSSL, do IR Fonte, do PIS e da COFINS, inclusive no sistema de cumulativo, haja vista que a empresa não faz prova desse direito em nenhuma fase deste processo, desde o procedimento de fiscalização, a impugnação e recurso. Além disso, o próprio autuante na apuração do valor tributável, lucro real, às fls. 14/25, já deduziu da receita bruta os montantes do PIS, da COFINS, do IR Fonte e da CSSL.

Assim, face à total ausência de provas em sentido diverso, devem ser confirmados os lançamentos do IRPJ e da CSSL.

As alegações apresentadas pelo recorrente a respeito da inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora, por ferir normas e princípios constitucionais, e o efeito confiscatório da multa de ofício de 75% não podem aqui ser analisadas, porque não cabe a este Conselho discutir validade de lei.

Tenho firmado entendimento em diversos julgados nesta Câmara, que, regra geral, falece competência a este Conselho de Contribuintes para, em caráter original, negar eficácia a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, porque, pela relevância da matéria, no nosso ordenamento jurídico tal atribuição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal



Federal, com grau de definitividade, conforme arts. 97 e 102, III, da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(Omissis)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”*

Conclui-se que mesmo as declarações de inconstitucionalidade proferidas por juizes de instâncias inferiores não são definitivas, devendo ser submetidas à revisão.

Em alguns casos, quando exista decisão definitiva da mais alta corte deste país, vejo que o exame aprofundado de certa matéria não tem o condão de exorbitar a competência deste colegiado e sim poupar o Poder Judiciário de pronunciamentos repetitivos sobre matéria com orientação final, em homenagem aos princípios da economia processual e celeridade.

É neste sentido que conclui o Parecer PGFN/CRF nº 439/96, de 02 de abril de 1996, por pertinente, transcrevo:

“17. Os Conselhos de Contribuintes, ao decidirem com base em precedentes judiciais, estão se louvando em fonte de direito ao alcance de qualquer autoridade instada a interpretar e aplicar a lei a casos concretos. Não estão estendendo decisão judicial, mas outorgando um provimento específico, inspirado naquela.

(Omissis)

32. Não obstante, é mister que a competência julgadora dos Conselhos de Contribuintes seja exercida – como vem sendo até aqui – com cautela, pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo pronunciamento final e definitivo do STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa.” (grifo nosso)



Com base nestas orientações foi expedido o Decreto n.º 2.346/97, que determina o seguinte:

"As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1 - Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial" (grifo nosso)

Este entendimento já está pacificado pelo Poder Judiciário, como se vê no julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que faz referência a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF):

"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL - CTN - CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA - INCONSTITUCIONALIDADE.

Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n.º 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário. Agravo regimental improvido" (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ - Agravo Regimental 165.452-SC - Relator Ministro Ari Pargendler - D.J.U. de 09.02.98 - in Repertório IOB de Jurisprudência n.º 07/98, pág. 148 - verbete 1/12.106)

Recorro, também, ao testemunho do Prof. Hugo de Brito Machado para corroborar a tese da impossibilidade desta apreciação pelo julgador administrativo, antes do pronunciamento do STF:

"A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional" (in "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Editora Revista dos Tribunais, págs. 302/303).

Do exposto, concluo que regra geral não cabe a este Conselho manifestar-se a respeito de inconstitucionalidade de norma, apenas quando exista decisão definitiva em matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal é que esta possibilidade pode ocorrer, o que não é o caso em questão.



Vejo que foi prolatada a Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes, no sentido de que “o Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Em relação à taxa SELIC, o Supremo Tribunal Federal proferiu nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 4-7 de 7.03.1991) que a aplicação de juros moratórios acima de 12% ao ano não ofende a Constituição, pois seu dispositivo que fixa a limitação ainda depende de regulamentação para ser aplicado. Assim está ementado tal julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTIGOS 5º, INCISO LXXI, E 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei Complementar regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se referem o “caput” e seus incisos do mesmo dispositivo...” (STF pleno, MI 490/SP).

É neste sentido a Súmula nº 04 do 1º Conselho de Contribuintes, que firmou entendimento de que a partir de 1º de abril de 1995 os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

Quanto à multa de ofício de 75%, é perfeitamente aplicável ao fato apurado, haja vista a constatação de irregularidades tributárias, não se adequando aqui o conceito de Confisco estampado no artigo 150 da Constituição Federal, que trata desta situação apenas no caso de tributos.

Ao teor dos arts. 43, parágrafo único, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, por se tratar de débitos da União, incide sobre a multa de ofício os juros de mora com base na taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do seu pagamento.

Lançamento Decorrente:

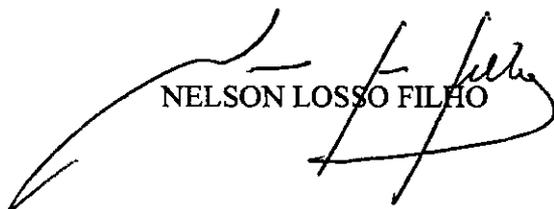
CSLL

O lançamento da CSLL em questão teve origem em matéria fática apurada na exigência principal, na qual a fiscalização lançou crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Tendo em vista a estreita relação entre eles existente, deve-se aqui seguir os efeitos da decisão ali proferida, em que foi rejeitada a preliminar e negado provimento ao recurso.



Pelos fundamentos exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 05 de fevereiro de 2009.


NELSON LOSSO FILHO