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

Processo nº	10840.001649/2004-41
Recurso nº	163.933 Voluntário
Acórdão nº	**2202-00.826 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	19 de outubro de 2010
Matéria	IRPF
Recorrente	ÁUREA PEREIRA DOS SANTOS
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE E NÃO RECOLHIDO. SÓCIO-ADMINISTRADOR DA FONTE PAGADORA. GLOSA DE FONTE. RESPONSABILIDADE.

Por força do princípio da responsabilidade tributária solidária, sendo o contribuinte sócio-administrador da empresa (fonte pagadora), incabível a compensação do I.R. Fonte quando comprovada a inexistência do recolhimento do tributo retido.

INFORMAÇÃO E COMPROVAÇÃO DOS DADOS CONSTANTES DA DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL. DEVER DO CONTRIBUINTE. CONFERÊNCIA DOS DADOS INFORMADOS. DEVER DA AUTORIDADE FISCAL.

É dever de o contribuinte informar e, se for o caso, comprovar os dados nos campos próprios das correspondentes declarações de rendimentos e, conseqüentemente, calcular e pagar o montante do imposto apurado, por outro lado, cabe a autoridade fiscal o dever da conferência destes dados. Assim, na ausência de comprovação, por meio de documentação hábil e idônea, do imposto de renda na fonte lançado na Declaração de Ajuste Anual, é dever da autoridade fiscal efetuar a sua glosa.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CARÁTER DE CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa ao lançamento de ofício, para exigi-lo com acréscimos e penalidades legais. A multa de lançamento de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal.

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

INCONSTITUCIONALIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS MORATÓRIOS.

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 (Súmula CARF nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 22/10/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, João Carlos Cassuli Júnior, Antônio Lopo Martinez, Ewan Teles Aguiar, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Helenilson Cunha Pontes e Gustavo Lian Haddad.

Relatório

ÁUREA PEREIRA DOS SANTOS, contribuinte inscrito no CPF/MF 178.704.338-02, com domicílio fiscal na cidade de Ribeirão Preto – Estado de São Paulo, na

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Rua Lefaiete, nº 1.182, apto 101 – Bairro Higienópolis, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 39/48, prolatada pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II – SP, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 52/58.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado, em 19/04/2004, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 26/32), com ciência através de AR, em 25/05/2004 (fls. 34), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R$ 43.944,55 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício normal de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto de renda, relativo ao exercício de 2002, correspondente ao ano-calendário de 2001.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de Imposto de Renda, onde a autoridade lançadora entendeu haver dedução indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte. Ou seja, foi glosado o imposto retido na fonte declarado pelo contribuinte tendo em vista que a mesma é sócio-administrador da fonte pagadora (Transportadora Wilson dos Santos Ltda. – CNPJ nº 48.019.616/0001-30) e esta não recolheu, aos cofres da união, o imposto de renda retido na fonte declarado na DIRF. Assim, a contribuinte é solidariamente responsável pelo recolhimento do imposto retido na fonte por ser sócio da empresa, conforme previsto no artigo 723 do RIR/99. Infração capitulada no artigo12, inciso V, da Lei nº 9.250, de 1995.

Irresignada com o lançamento, a autuada, apresenta, tempestivamente, em 25/06/2004, a sua peça impugnatória de fls. 01/14, instruído pelos documentos de fls.17/26, solicitando que seja acolhida à impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a impugnante não pode ter os valores, quanto ao IR fonte, glosados, uma vez que a fonte pagadora é a única responsável pela suposta falta de recolhimento;

- que, em primeiro lugar, é preciso asseverar que à época dos fatos a impugnante não exercia atos de gerência, tampouco era responsável pelo recolhimento dos tributos da fonte pagadora;

- que também é importante asseverar que em razão dos problemas administrativos existentes na empresa, os sócios detentores da maioria do capital social, procederam à alteração do contrato social, afastando os ex-diretores da fonte pagadora, que eram responsáveis pela administração da empresa e, via de conseqüência pelo recolhimento do IR fonte;

- que como é de conhecimento, nos termos do art. 135 do CTN, somente em caso de fraude ou prática de atos com excesso é que os SÓCIOS GERENTES podem ser responsabilizados pessoalmente pelo pagamento da dívida;

- que mesmo que se entenda pela inexistência de pagamento no tocante ao Imposto de Renda retido na fonte, cabe esclarecer que a exigência do tributo deveria ser dirigida à fonte pagadora, mas não a Impugnante. Isto porque, a obrigação tributária nasceu contra o responsável, cabendo a este, portanto, seu cumprimento;

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

- que a impugnante, á época dos fatos, não exerceu o cargo de diretor, ou seja, não era o responsável pelo pagamento dos tributos da empresa - fonte pagadora. Como se pode observar pelo art. 723 do RIR somente se deve imputar responsabilidade solidária ao diretor acaso tenha pratica, na pessoa jurídica, atos de gestão, administração ou representação;

- que o impugnante não praticava atos de gestão administração ou representação. Bem por isso, *não* tinha conhecimento e não participava de atos de gestão que se vinculam ao recolhimento de tributos;

- que nem se alegue, por outro lado, que a cobrança da TAXA SELIC estaria autorizada legalmente — Lei n 2 9.065/95 -, com fulcro no artigo, 161, § 1°, do Código Tributário Nacional, e que isto seria suficiente para legitimar sua incidência no caso concreto;

- que, por outra banda, a multa aplicada, no auto de infração, ofende aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (art. 5°, inciso LIV) e da proibição do confisco (art. 150, inciso IV), previstos na Constituição Federal.

- que, isto porque, o valor da multa de 75% é de evidente irrazoabilidade e confisco, principalmente, em virtude da impugnante, em momento algum, sonegou as informações solicitadas.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da Sétima Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP II concluíram pela procedência da ação fiscal e pela manutenção do crédito tributário, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que é, pois, a retenção do imposto levada a cabo pela fonte pagadora que cria o direito de o contribuinte compensá-lo com o valor apurado anualmente. O contribuinte sofre a incidência do imposto no momento em que recebe o rendimento e é neste momento, caso tenha ocorrido a retenção, que nasce o direito de compensá-lo na declaração. Por sua vez, é o Informe de Rendimentos o documento hábil, em razão de sua própria natureza, para comprovar o valor dos rendimentos pagos e do imposto de renda retido na fonte. Assim, eventual ausência de DIRF nos sistemas da SRF, por si só, não autoriza à autoridade fiscal glosar o imposto de renda incidente na fonte;

- que, no presente caso, para se desconsiderar como prova da retenção os comprovantes de rendimentos apresentados, cabe á autoridade fiscal trazer aos autos elementos que possam infirmá-los. Não o fazendo, é de considerá-los documentos hábeis à comprovação pretendida;

- que, entretanto, cabe ressalva a esta capacidade probante dos informes de rendimentos nos casos em que a beneficiária é sócia da pessoa jurídica pagadora e retentora do imposto e/ou o responsável pela mesma. Se assim ocorrer, a simples existência de informe de rendimentos já não basta para comprovação da retenção do imposto de renda na fonte. Sendo necessária, nestes casos, a apresentação de DIRF com a indicação da retenção do imposto e existência de DARF's dos recolhimentos efetuados sob o respectivo código;

- que, no presente caso, a contribuinte é sócia e administradora da empresa TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA., CNPJ 48.019.616/0001-30, e declarou ter recebido rendimentos tributáveis dessa fonte no valor de R$ 98.760,00, com os correspondentes IRRF de R$ 22.839,00. Para comprovação de retenção de Imposto de Renda Fonte, a contribuinte nada juntou à impugnação. Conforme pesquisas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, verifica-se informações em DIRF, conforme DIRPF entregue pela

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

contribuinte, porém não foram encontrados recolhimentos que comprovassem a retenção na fonte. Verifica-se, também, que a impugnante era sócia e administradora da empresa no ano-calendário em questão (fl. 38);

- que havendo previsão legal para o cálculo dos juros de mora, efetuado em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para títulos federais acumulada mensalmente, não cabe à autoridade julgadora exonerar a correção dos valores legalmente estabelecida;

- que nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a multa de 75%, estabelecida no inciso I do artigo acima transcrito. Excepciona a regra a comprovação do intuito fraudulento, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no inciso II. A multa de 20%, conforme art. 61, §2°, da Lei n° 9.430/96, refere-se à multa de mora calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento, que se destina ao recolhimento espontâneo e não se aplica no presente caso;

- que cumpre registrar que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que, em petição devidamente fundamentada, fique demonstrada a ocorrência de uma das situações previstas nas alíneas "a" a "c" do § 4° do art. 16 do Decreto n° 70.235/1.972, com suas alterações posteriores.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001

GLOSA IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - COMPROVANTE DE RENDIMENTOS - BENEFICIÁRIO SÓCIO DA FONTE PAGADORA

Quando o beneficiário dos rendimentos for sócio-administrador da própria fonte pagadora dos rendimentos, a simples entrega de DIRF é insuficiente para comprovação da retenção do imposto de renda na fonte.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Devidos os juros de mora calculados com base na taxa SELIC na forma da legislação vigente. Eventual inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma legal deve ser apreciada pelo Poder Judiciário.

MULTA DE OFICIO DE 75%. APLICABILIDADE.

A multa de ofício é prevista em disposição legal especifica e tem como suporte fático a revisão de lançamento, pela autoridade administrativa competente, que implique imposto ou diferença de imposto a pagar.

Lançamento Procede.

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 09/11/2007, conforme Termo constante às fls. 49/50, e, com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, em tempo hábil (06/12/2007), o recurso voluntário de fls. 52/58, instruído pelo documento de fls. 59, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Conselheiro Nelson Mallmann, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Não argüição de qualquer preliminar.

No presente litígio está em discussão, como se pode verificar no Auto de Infração, especificamente na descrição dos fatos e enquadramento legal, dedução indevida de imposto de renda retido na fonte.

A discussão nesta fase recursal se restringe à discussão de mérito relativo à dedução indevida de imposto de renda retido na fonte. Ou seja, foi glosado o imposto retido na fonte declarado pela contribuinte, tendo em vista que a mesma era, a época do fato, sócia-administradora da empresa Transportadora Wilson dos Santos Ltda., CNPJ nº 48.019.616/0001-30 (fls. 38), fonte pagadora dos rendimentos declarados. Sendo que a pessoa jurídica (fonte pagadora), apesar de ter declarado em DIRF, não recolheu, aos cofres da União, o imposto de renda retido na fonte. Assim sendo, entendeu a autoridade lançadora que a contribuinte é solidariamente responsável pelo recolhimento do imposto retido na fonte por ser sócio da empresa, conforme previsto no artigo 723 do RIR/99.

Nesta fase recursal a contribuinte apenas ratificou os argumentos já colacionados na peça impugnatória. Ou seja, não trouxe nenhuma prova que o fato não aconteceu conforme explicitado no auto de infração ora contestado.

A recorrente insiste em alegar, que não possui vínculo de responsabilidade com a fonte pagadora.

A decisão de Primeira Instância já refutou estas alegações de maneira criteriosa e detalhada, conforme pode ser visto no voto condutor do aresto, razão pela qual peço vênia à julgadora Mary Kazuko Okada para fazer minhas as suas palavras e para evitar qualquer dúvida transcrevo os excertos abaixo:

> *A retenção do imposto levada a cabo pela fonte pagadora que cria o direito de o contribuinte compensá-lo com o valor apurado anualmente. O contribuinte sofre a incidência do imposto no momento em que recebe o rendimento e é neste momento, caso tenha ocorrido a retenção, que nasce o direito de compensá-lo na declaração. Por sua vez, é o Informe de Rendimentos o documento hábil, em razão de sua própria natureza, para comprovar o valor dos rendimentos pagos e do imposto de renda retido na fonte. Assim, eventual ausência de DIRF nos sistemas da SRF, por si só, não autoriza à autoridade fiscal glosar o imposto de renda incidente na fonte.*
>
> *No presente caso, para se desconsiderar como prova da retenção os comprovantes de rendimentos apresentados, cabe á autoridade fiscal trazer aos autos elementos que possam infirmá-los. Não o fazendo, é de considerá-los documentos hábeis à comprovação pretendida*

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Entretanto, cabe ressalva a esta capacidade probante dos informes de rendimentos nos casos em que o beneficiário é sócio da pessoa jurídica pagadora e retentora do imposto e/ou o responsável pela mesma. Se assim ocorrer, a simples existência de informe de rendimentos já não basta para comprovação da retenção do imposto de renda na fonte. Sendo necessária, nestes casos, a apresentação de DIRF com a indicação da retenção do imposto e existência de DARF's dos recolhimentos efetuados sob o respectivo código.

Assim dispõe o art. 723 do RIR/1999.

"Art 723 São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto descontado na fonte. (Decreto-Lei nº 1.736, de 20 de dezembro de 1979, art 8º).

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas referidas neste artigo restringe-se ao período da respectiva administração, gestão ou representação. (Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, art. 8º, parágrafo único).

No presente caso, a contribuinte é sócia e administradora da empresa TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA., CNPJ 48.019.616/0001-30, e declarou ter recebido rendimentos tributáveis dessa fonte no valor de R$ 98.760,00, com os correspondentes IRRF de R$ 22.839,00. Para comprovação de retenção de Imposto de Renda Fonte, a contribuinte nada juntou à impugnação. Conforme pesquisas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, verifica-se informações em DIRF, conforme DIRPF entregue pela contribuinte, porém não foram encontrados recolhimentos que comprovassem a retenção na fonte. Verifica-se, também, que a impugnante era sócia e administradora da empresa no ano-calendário em questão (fl. 38).

A comprovação do recolhimento se faz necessária, sendo pacífico o entendimento da jurisprudência administrativa nesse sentido, conforme se depreende dos seguintes julgados do Conselho de Contribuintes:

(...).

Dessa forma, não estando comprovado o recolhimento do imposto de renda na fonte pela empresa TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA., CNPJ 48.019.616/0001-30, na qual a impugnante é sócia e administradora, é de se manter a glosa de IRRF.

Por isso mesmo, as ações praticadas pelos contribuintes para ocultar sua real intenção, e assim se beneficiar indevidamente do tratamento diferenciado, deve merecer a ação saneadora contrária, por parte da autoridade fiscal, em defesa até dos legítimos beneficiários daquele tratamento. Dessa forma, não podia e não pode o fisco permanecer inerte diante de procedimentos dos contribuintes cujos objetivos são exclusivamente o de ocultar ou impedir o surgimento das obrigações tributárias definidas em lei. Detectado esse procedimento irregular,

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

como no presente caso compete ao fisco proceder como fez. Por outra lado, é óbvio que cabe ao autuado o dever de produzir as provas necessárias para elidir as acusações apontadas.

Assim, vê-se o quão acertado foi o procedimento do Fisco, ao submeter a dedução indevida a tributação. Não haveria outra forma de se proceder senão essa, já que a contribuinte não apresentou nenhuma prova contundente que invalidasse o feito fiscal.

A legislação é bastante clara, quando determina que a pessoa física está obrigada a guardar os documentos das operações ocorridas ao logo do ano-calendário, até que se expire o direito de a Fazenda Nacional realizar ações fiscais relativas ao período, ou seja, até que ocorra a decadência do direito de lançar, significando com isto dizer que o contribuinte tem que ter um mínimo de controle de suas transações, para possíveis futuras solicitações de comprovação.

Sendo assim, entendo que cabia a recorrente comprovar o alegado, porque somente ela tinha condições de fazê-lo, razão pela qual mantenho o lançamento na forma em que procedido pela autoridade fiscal lançadora.

Assim sendo, não estando comprovado o recolhimento do imposto de renda na fonte pela empresa TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA., CNPJ 48.019.616/0001-30, na qual a impugnante é sócia-administradora, é de se manter a glosa do imposto de renda retido na fonte.

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a aplicação da penalidade e dos acréscimos legais.

No que tange às alegações de ilegalidade / ofensas a princípios constitucionais (razoabilidade, capacidade contributiva e não confisco), o exame das mesmas escapa à competência da autoridade administrativa julgadora. Há que se destacar que à autoridade fiscal cabe verificar o fiel cumprimento da legislação em vigor, independentemente de questões de discordância, pelos contribuintes, acerca de alegadas ilegalidades/inconstitucionalidades, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como previsto no art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Não há dúvidas de que se entende como procedimento fiscal à ação fiscal para apuração de infrações e que se concretize com a lavratura do ato cabível, assim considerado o termo de início de fiscalização, termo de apreensão, auto de infração, notificação, representação fiscal ou qualquer ato escrito dos agentes do fisco, no exercício de suas funções inerentes ao cargo. Tais atos excluirão a espontaneidade se o contribuinte deles tomar conhecimento pela intimação.

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto n.º 70.235, de 1972. Em sintonia com o disposto no artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional, esses atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades próprias dos procedimentos de

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

ofício. Além disso, o ato inaugural obsta qualquer retificação, por iniciativa do contribuinte e torna ineficaz consulta formulada sobre a matéria alcançada pela fiscalização.

Ressalte-se, com efeito, que o emprego da alternativa "ou" na redação dada pelo legislador ao artigo 138, do Código Tributário Nacional, denota que não apenas a medida de fiscalização tem o condão de constituir-se em marco inicial da ação fiscal, mas, também, consoante reza o mencionado dispositivo legal, "qualquer procedimento administrativo" relacionado com a infração é fato deflagrador do processo administrativo tributário e da conseqüente exclusão de espontaneidade do sujeito passivo pelo prazo de 60 dias, prorrogável sucessivamente com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, na forma do parágrafo 2 , do art. 7 , do Dec. n 70.235, de 1972.

O entendimento, aqui esposado, é doutrina consagrada, conforme ensina o mestre FABIO FANUCCHI em "Prática de Direito Tributário", pág. 220:

> *O processo contencioso administrativo terá início por uma das seguintes formas:*
>
> *1. pedido de esclarecimentos sobre situação jurídico-tributária do sujeito passivo, através de intimação a esse,*
>
> *2. representação ou denúncia de agente fiscal ou terceiro, a respeito de circunstâncias capazes de conduzir o sujeito passivo à assunção de responsabilidades tributárias;*
>
> *3 - autodenúncia do sujeito passivo sobre sua situação irregular perante a legislação tributária;*
>
> *4 inconformismo expressamente manifestado pelo sujeito passivo, insurgindo-se ele contra lançamento efetuado.*
>
> *(...).*
>
> *A representação e a denúncia produzirão os mesmos efeitos da intimação para esclarecimentos, sendo peças iniciais do processo que irá se estender até a solução final, através de uma decisão que as julguem procedentes ou improcedentes, com os efeitos naturais que possam produzir tais conclusões.*

No mesmo sentido, transcrevo comentário de A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO em "Processo Administrativo Tributário", 2ª Edição, págs. 88/89 e 90, tratando de Atos e Termos Processuais:

> *Mas é dos atos processuais que cogitamos, nestes comentários. São atos processuais os que se realizam conforme as regras do processo, visando dar existência à relação jurídico-processual. Também participa dessa natureza o que se pratica à parte, mas em razão de outro processo, do qual depende. No processo administrativo tributário, integram essa categoria, entre outros, a) o auto de infração; b) a representação; c) a intimação e d) a notificação*
>
> *(...).*
>
> *Mas, retornando a nossa referência aos atos processuais, é de assinalar que, se o auto de infração é peça que deve ser lavrada, privativamente, por agentes fiscais, em fiscalização externa, já no que concerne às faltas apuradas em serviço interno da*

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Repartição fiscal, a peça que as documenta é a representação. Note-se que esta, como aquele, é peça básica do processo fiscal (...).

Portanto, o Auto de Infração deverá conter, entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável, a sua ausência implicará na invalidade do lançamento. A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigi-lo com acréscimos e penalidades legais.

É de se esclarecer, que a infração fiscal independe da boa fé do contribuinte, entretanto, a penalidade deve ser aplicada, sempre, levando-se em conta a ausência de má-fé, de dolo, e antecedentes do contribuinte. A multa que excede o montante do próprio crédito tributário, somente pode ser admitida se, em processo regular, nos casos de minuciosa comprovação, em contraditório pleno e amplo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, restar provado um prejuízo para fazenda Pública, decorrente de ato praticado pelo contribuinte.

Por outro lado, a vedação de confisco estabelecida na Constituição Federal de 1988, é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico por inconstitucional. Além disso, é de se ressaltar, mais uma vez, que a multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal, não cabendo às autoridades administrativas estendê-lo.

Assim, as multas são devidas, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF, não conflitando com o estatuído no art. 5 , XXII da CF, que se refere à garantia do direito de propriedade. Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência.

Ora, os mecanismos de controle de legalidade / constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, tal prerrogativa. É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

De qualquer forma, há que se esclarecer que o ITR é um tributo de natureza patrimonial, pois é calculado levando-se em consideração a dimensão do imóvel, o Valor da Terra Nua da propriedade e o percentual de utilização da sua área aproveitável, não estando o seu valor limitado à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ainda, os princípios constitucionais têm como destinatário o legislador na elaboração da norma, como é o caso, por exemplo, do principio da Vedação ao Confisco, que orienta a feitura da lei, a qual deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco, cabendo à autoridade fiscal apenas executar as leis.

Da mesma forma, não vejo como se poderia acolher o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da multa de ofício e da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n.º 9.065, de

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

É meu entendimento, acompanhado pelos pares desta Turma de Julgamento, que quanto à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais, os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através do chamado controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados, na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

Se verdade fosse, que o Poder Executivo deva deixar aplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da argüição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer o suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Ademais, matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Atualmente estas súmulas foram convertidas para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, pela Portaria CARF nº 106, de 2009 (publicadas no DOU de 22/12/2009), assim redigidas: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2)" e "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 (Súmula CARF nº 4)."

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)
Nelson Mallmann

Assinado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Autenticado digitalmente em 22/10/2010 por NELSON MALLMANN
Emitido em 09/11/2010 pelo Ministério da Fazenda