MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11634.000005/2006-04
Recurso nº : 153.275
Matéria : IRPJ E OUTRO – Exs.: 2002 a 2004
Recorrente : CAMBEGAS COMÉRCIO DE GÁS LTDA
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR
Sessão de : 12 DE SETEMBRO DE 2007
Acórdão nº : 107-09.142

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.
Não é nulo o auto de infração lavrado por pessoa competente e que possui todos os requisitos necessários à sua formalização.
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. RETIRADA DO PROCESSO DA REPARTIÇÃO.
Não acarreta cerceamento do direito de defesa a não-permissão de retirada do processo da repartição, por ser vedada pela legislação em vigor, que faculta o fornecimento de cópia, não solicitada.
ARBITRAMENTO DO LUCRO.
Na imprestabilidade da escrita para apuração do lucro real, correta a exigência do IRPJ e da CSLL com base no lucro arbitrado.
MULTA DE OFÍCIO.
Na constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal, em face de infração à legislação tributária, é correta a aplicação da multa de lançamento de ofício, por expressa determinação legal.
Recurso NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CAMBEGAS COMÉRCIO DE GÁS LTDA.

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

MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE

JAYME JUAREZ GROTTO
RELATOR

Processo nº : 11634.000005/2006-04
Acórdão nº : 107-09.142

FORMALIZADO EM: 12 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIZ MARTINS VALERO, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, HUGO CORREIA SOTERO, LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES. Ausente a Conselheira RENATA SUCUPIRA DUARTE.

]

Processo nº : 11634.000005/2006-04
Acórdão nº : 107-09.142

Recurso nº : 153.275
Recorrente : CAMBEGAS COMÉRCIO DE GÁS LTDA

RELATÓRIO

Em apreciação recurso voluntário interposto pela empresa CAMBEGAS COMÉRCIO DE GÁS LTDA – CNPJ nº 76.239.110/0001-72 - contra a decisão prolatada no Acórdão nº 06-11.232, de 08 de junho de 2006, da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba.

Trata o processo de autos de infração de IRPJ e CSLL.

Conforme relatado no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 875/890), a exigência abrange os períodos de apuração correspondentes a todos os trimestres dos anos de 2001, 2002 e 2003, sendo o imposto e contribuição apurados por meio do lucro arbitrado, pelo fato de a escrituração mantida pela empresa não se prestar para a apuração do lucro real, pelos seguintes motivos: a) falta de contabilização da movimentação bancária e de aplicações financeiras; b) o registro das compras e vendas é feito em partidas mensais, sem indicação das notas fiscais e sem o apoio de livros auxiliares; c) a contrapartida das compras e vendas é a conta caixa, como se todas as compras e vendas tivessem sido realizadas à vista, o que não ocorre; d) o saldo da conta fornecedores não coincide com o informado pelo principal fornecedor.

Não se conformando com o lançamento, a empresa apresentou tempestiva impugnação, articulada da seguinte forma, em síntese - nos termos do relatório constante do Acórdão recorrido, que adoto:

a. argumenta ser nulo o lançamento por cerceamento de direito de defesa, reportando-se ao art. 7º, XV, da Lei nº 8.096, de 1994, em face de ser-lhe negada a retirada dos autos da repartição para estudo e apresentação de defesa;

b. reclama da impossibilidade de arbitramento do lucro por ofensa aos princípios da legalidade, tipicidade e capacidade contributiva, por considerar, para efeitos de base de cálculo, o valor da receita bruta para presumir o lucro líquido e a renda, aduzindo que o lucro líquido é o real e, como tal, não aceita presunção;

c. questiona a multa de ofício, que entende confiscatória, citando tributaristas e decisões judiciais e argumentando que a penalidade inibe o princípio da livre iniciativa erigido no art. 170, parágrafo único, da CF de 1988 e agride o direito de propriedade estatuído no seu art. 5º, XXII;

d. finalizando, protesta por todas as provas em direito admitidas e requer a nulidade ou improcedência do lançamento.

Analisando o feito, a 1ª Turma da DRJ em Curitiba julgou procedente o lançamento, conforme Acórdão 06-11.232, de 08 de junho de 2006, cuja ementa tem a seguinte dicção:

> *Assunto: Processo Administrativo Fiscal*
>
> *Ano-calendário: 2001, 2002, 2003*
>
> *Ementa: CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA IMPOSSIBILIDADE DE RETIRADA DO PROCESSO DA REPARTIÇÃO*
>
> *Inexiste cerceamento de direito de defesa por não haver sido permitida a retirada dos autos da repartição para estudo mais detalhado, uma vez que a legislação em vigor veda a saída do processo e que, além de não constar que o mandatário da interessada dele tenha requerido a cópia facultada pela legislação, na impugnação, demonstrou conhecimento da forma do lançamento e o questionou expressamente.*
>
> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2001, 2002, 2003*
>
> *Ementa: ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA*
>
> *A apuração do lucro arbitrado com base na receita bruta conhecida tem expressa previsão legal, sendo descabidas as alegações de ofensa aos princípios da legalidade, tipicidade e capacidade contributiva.*
>
> *DECORRÊNCIA*

Não apresentadas razões específicas, é de se manter a tributação quanto à CSLL.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa: MULTA DE OFÍCIO

O princípio constitucional relativo à vedação ao confisco aplica-se exclusivamente aos tributos, não se estendendo às penalidades.

Inconformada, a empresa apresentou recurso a este Conselho de Contribuintes, articulada da seguinte forma, em síntese:

a. reafirma ser nulo o lançamento, por cerceamento do direito de defesa, por ter sido expressamente negado ao seu advogado a carga dos autos para elaboração da defesa, com infringência ao inciso XV do art. 7º da Lei nº 8.096, de 2004. Acresce que também o art. 40 do CC permite a vista dos autos ao procurador da parte, em consonância com a disposição do art. 133 da Constituição Federal. Para confirmar o alegado, cita decisões judiciais;

b. reclama da aplicação da multa de ofício, que entende confiscatória, por não observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, consagrado no artigo 413 do CC (antigo artigo 924), além de inibir a livre iniciativa e agredir o direito de propriedade. Cita tributaristas e decisões judiciais;

c. reportando-se ao art. 114 do CTN e ao art. 5º, II, da Constituição Federal, alega não ser possível a cobrança do IRPJ e da CSLL por meio do arbitramento do lucro com base na receita bruta, por não exprimir de modo real a mensuração da hipótese de incidência, qual seja o lucro líquido ou a renda;

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro - JAYME JUAREZ GROTTO, Relator.

Preliminar de nulidade

A recorrente levanta preliminar de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, em face de ter sido negado ao seu advogado a retirada dos autos da repartição, para análise mais aprofundada, visando preparar sua defesa.

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, nos seguintes termos:

> *Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:*
>
> *I - a qualificação do autuado;*
>
> *II - o local, a data e a hora da lavratura;*
>
> *III - a descrição do fato;*
>
> *IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;*
>
> *V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;*
>
> *VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

O mesmo Decreto nº 70.235, de 1972, dispõe sobre a nulidade no processo administrativo, na seguinte forma:

> *Art. 59. São nulos:*
>
> *I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
>
> *II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

O auto de infração insere-se na categoria prevista no transcrito inciso I do art. 59 (atos e termos). É nulo, portanto, apenas quando lavrado por pessoa incompetente. O cerceamento de defesa apenas anula os despachos e decisões.

Da combinação dos dispositivos acima transcritos depreende-se que são duas as causa suficientes para invalidar o auto de infração e, por via de conseqüência, o lançamento nele consignado: a incompetência do autuante e a inobservância dos pressupostos legais para a sua lavratura. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972).

No caso em exame, o auto de infração foi lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal - AFRF - no pleno exercício de suas funções (art. 142, parágrafo único, do CTN), e contém todos os requisitos indispensáveis à sua validade, contidos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, retrotranscrito, não havendo que se cogitar, assim, na sua nulidade.

Quanto à retirada dos autos da repartição, é expressamente vedada pelo art. 38 da Lei nº 9.250, de 1995, *verbis:*

> *Art. 38. Os processos fiscais relativos a tributos e contribuições federais e a penalidades isoladas e as declarações não poderão sair dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, salvo quando se tratar de :*
>
> *I – encaminhamento de recursos à instância superior;*
>
> *II – restituições de autos aos órgãos de origem;*
>
> *III – encaminhamento de documentos para fins de processamento de dados.*

.....

§ 2º É facultado o fornecimento de cópia do processo ao sujeito passivo ou a seu mandatário.

Portanto, em vez de postular a retirada do processo da repartição, o que é vedado pela legislação, o mandatário da recorrente poderia ter solicitado o fornecimento de cópia de suas peças, como facultado pelo § 2º acima transcrito, o que não consta ter feito.

Assim, incabível a preliminar de nulidade do lançamento.

Mérito

No mérito, a recorrente não contesta a imprestabilidade de sua escrita. Suas alegações são no sentido de que utilizar a receita bruta para presumir o lucro sujeito ao IRPJ e à CSLL ofende os princípios da legalidade, tipicidade e capacidade contributiva.

Ora, é certo que IRPJ e a CSLL têm como hipótese de incidência o lucro efetivamente auferido pela pessoa jurídica - ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação fiscal. Para isso, porém, há necessidade de que a empresa mantenha escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, que permitam auferir com precisão o resultado sujeito à exação tributária.

Para a hipótese de a pessoa jurídica deixar de apresentar os livros comerciais e fiscais ou em que sua escrituração for imprestável, a lei prevê que a base tributável será apurada mediante o arbitramento do lucro (art. 530, I e II do RIR/1999), como ocorreu no caso de que se cuida.

Ademais, cabe ressaltar, como muito bem observou a relatora do Acórdão recorrido, que "o autuante teve o cuidado de aplicar, sobre o elevado faturamento trimestral da interessada, o percentual de arbitramento de 1,92% previsto

no art. 532 do RIRI/1999 para o tipo de atividade exercida pela interessada, qual seja, a revenda de combustíveis, resultando trimestralmente em irrisório valor de lucro arbitrado e, conseqüentemente, de IRPJ, que pouco supera o imposto, já apurado pela interessada com base no lucro real e que foi deduzido no lançamento de ofício."

Assim, confirma-se o acerto do lançamento com base no lucro arbitrado.

Multa de ofício

Em relação à multa, observa-se que foi aplicada a menor cabível aos casos de lançamento de ofício, por infração à legislação tributária, no percentual de 75% previsto no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, por não ter sido demonstrada intenção de fraude, caso em que comportaria a aplicação da penalidade de 150%, por infração qualificada.

Cabe lembrar que, conforme disposto no parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, devendo prevalecer a previsão legal de aplicação da multa estipulada na legislação de regência.

Quanto às questões de inconstitucionalidade, este Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar, conforme súmula nº 02.

Especificamente em relação ao princípio do não-confisco, é dirigido ao Poder Legislativo, que o deve observar quando da feitura das leis. Uma vez editada a norma legal, a análise de sua constitucionalidade fica afeta ao Pode Judiciário – que poderá reconhecer ou não o efeito de confisco -, e não administrativo. Ademais, o princípio do não-confisco consagrado implicitamente no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, diz respeito apenas à exigência de tributo, tal como previsto no art. 150, IV, também da Constituição Federal, o que não é absolutamente o caso de penalidades.

Não cabe, pois, reparos quanto à aplicação da multa de ofício.

Posto isto, voto por não acolher a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2007.

JAYME JUAREZ GROTTO