



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13116.000485/2004-18
Recurso nº	143.429 Voluntário
Matéria	IRPJ
Acórdão nº	103-22.872
Sessão de	26 de janeiro de 2007
Recorrente	IRMÃOS BRITO LTDA
Recorrida	2ª TURMA/DRJ EM BRASÍLIA/DF

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de Apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

PRELIMINAR DE NULIDADE. Não cabe a decretação de nulidade do lançamento pelo alegado não fornecimento de documentos quando a autuação se encontra toda embasada em demonstrativos elaborados pelo sujeito passivo ou em livros e documentos por ele fornecidos. Também não se verifica a utilização de qualquer presunção ou ficção, seja no procedimento fiscal, seja na apuração da capacidade contributiva, quando todos os elementos foram apurados na contabilidade do sujeito passivo. (Acórdão 203-10.321)

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

Ementa: CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. A capacidade contributiva é identificada na situação material que a lei elegeu para gerar a obrigação tributária.

CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS. Se o Constituinte concedeu legitimação ao Chefe Supremo do Executivo Federal para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, não há amparo à tese de que as instâncias administrativas poderiam determinar o descumprimento de atos com força de lei, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 103, I, da Constituição da República.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. A falta de recolhimento da totalidade do tributo devido, sem a comprovação de conduta dolosa, enseja a aplicação da multa de ofício sobre a diferença não recolhida, conforme a previsão do artigo 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

JUROS DE MORA.

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 1º C.C.Nº 04

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por IRMÃOS BRITO LTDA.,

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir a multa agravada de 150% ao percentual normal de 75%, vencidos os conselheiros Flávio Franco Corrêa e Leonardo de Andrade Couto que não admitiram a exoneração da exasperadora, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER

Presidente


MÁRCIO MACHADO CALDEIRA

Relator

FORMALIZADO EM 27 ABR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Aloysio José Percínio da Silva, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Antonio Carlos Guidoni Filho e Paulo Jacinto do Nascimento.



Relatório

Irmãos Brito Ltda., inscrita no CNPJ sob o número 37.044.765/0001-33, interpôs recurso voluntário contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência de IRPJ, anos-calendário de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, em virtude de insuficiência de recolhimentos e da diferença apurada entre as bases de cálculo mensalmente escrituradas e as informadas nas Declarações Anuais Simplificadas.

Inconformado com a exigência apresentou a contribuinte a impugnação anexa às fls. 275/284, a qual apreciada pela 2ª Turma da DRJ/Brasília, mereceu o seguinte relato:

"DEFESA FISCAL"

Para impugnar a acusação fiscal imputada, ante as razões que serão provadas a seguir:

DAS PRELIMINARES

A autuada, ao ser cientificada do auto de infração, recebeu das autoridades autuantes a 2ª. via da peça inicial e o Quadro Demonstrativo de crédito Tributário (atualização, multa e juros). Protestamos o não fornecimento das fotocópias dos documentos relacionados em tal demonstrativo fiscal, que deram origem aos valores da base de cálculo em questão, vês que esta omissão não nos dá condições de identificarmos com precisão os cálculos contidos no auto de infração em debate.

RESUMO: AUTO DE INFRAÇÃO - Falta de entrega, ao autuado, de documentos que embasaram a acusação - Nulidade - Recurso ordinário provido, julgado insubsistente o AIIM, sem prejuízo do seu refazimento - Decisão unânime

RESUMO DO VOTO:

Padece o processado de vício insanável. Conforme reiteradamente vem decidindo este Tribunal, "a peça acusatória deve estar devidamente instruída com toda a documentação que lhe dá embasamento, seguindo-se do pleno e imediato conhecimento do contribuinte, para que tenha condições de apresentar ampla defesa. Somente como o integral conhecimento dos amplos termos acusatórios e que o autuado poderá oferecer ampla defesa e impugnação, asseguradas por princípio constitucional" (Ementário do TIT-1985 - Ementa nº 45, dentre outras). Não tendo a ação fiscal condições de prosperar a vista das nulidades insanáveis que foram apontadas, julgo insubsistente o auto inicial, sem prejuízo do seu refazimento, com a garantia de ampla defesa, nos termos assegurados pelo artigo 5º, LV, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil

Relator: MELCHIOR DE LIMA

Câmara : 7ª Câmara Suplementar

Processo Nº: DRT. 4 - 4939/87

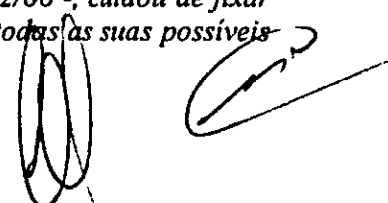
Data da sessão: 03/10/89

Recurso PROVIDO O RECURSO

Publicado no Boletim TIT nº 249, em 11/05/91

PRESUNÇÃO/FICÇÃO

O Código Tributário Nacional (CTN) - Lei 5.172/66 -, cuidou de fixar de modo expresse e abrangente a proibição em todas as suas possíveis



modalidades em virtude das quais as normas fictas ou baseadas em presunções pudessem ser elaboradas.

Pelo art. 110 do CTN, as ficções e as presunções que impliquem em modificara competência impositiva são proibidas:

"Art.110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

Mas, não são apenas as regras constitucionais sobre competência impositiva que o uso das ficções e das presunções poderão ser impedidas como forma de produção de norma. O art. 97 do CTN é claro:

"Art.97 - Somente a lei pode estabelecer:

Em suma, a notificação fiscal foi toda ela baseada em ficções e presunções.

DO ÔNUS DA PROVA

A obrigação da qual decorre o crédito tributário surge com a ocorrência do fato gerador. Apesar de serem estabelecidas em lei as condições necessárias para a ocorrência do fato gerador, deparamo-nos com formas de tributação na contramão do que está determinado pela legislação específica.

O vício transparente que busca conceituar atos e fatos na busca de arrecadar compromete sobremaneira a isenção tão necessária para que a justiça fiscal seja aplicada. Por isso, a legislação determina que o dever de prova é do fisco, não bastando tão somente fazer o lançamento sem o esteio da comprovação e da legalidade. Há necessidade da busca da verdade real dos fatos. Não existe, no Direito Tributário Brasileiro, qualquer peculiaridade que exonere o fisco de demonstrar cabalmente a veracidade do que alega, vez que o moderno estado de direito exige da administração o máximo de esforço probatório. A Administração deve velar pela legalidade do procedimento administrativo do lançamento e devem ser trazidos aos autos provas precisas para fundamentar suas propostas ante o órgão decisório, sob pena de graves injustiças ao contribuinte.

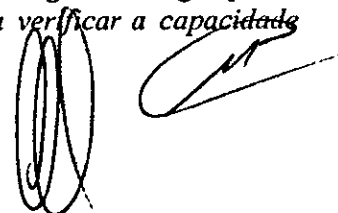
Os auditores fiscais do auto em questão não demonstraram a veracidade do que alegam, fazendo apenas presunções descabidas, ilegais e injustas e contrarias ao interesse do fisco.

DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Em matéria tributária, temos princípios expressos e outros implícitos. Segundo o professor Geraldo Ataliba, ferir um princípio é muito mais grave que lesionar uma norma em particular, porque o ferimento ao princípio vulnera a própria ordem jurídica e ataca os fundamentos da mesma. Dai que, os princípios são fundantes, estruturais, pois comandam e imantam a ordem jurídica. As normas se agrupam e se submetem aos princípios.

Na constituição anterior, o princípio da capacidade contributiva era implícito, no entanto era percebido nas dobras do sistema. Agora, ele é expresso no art.145, § 1º da nossa Carta Magna, e exige que a Administração investigue o contribuinte para verificar a capacidade contributiva do mesmo.

"Art.145 -



§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Não é lícito, portanto, à Administração presumir a capacidade contributiva, sendo que ela terá que ser investigada.

A capacidade de comerciar da impugnante será duramente afetada, caso venha a ter de cumprir a exação, tendo em vista que esta corresponde a um valor bastante significativo, tendo em vista o faturamento da mesma.

DOS JUROS

Os juros, conforme determinado na Constituição Federal, no art. 192, § 3º, não podem ser superiores a doze por cento ao ano, sendo conceituado como crime de usura uma cobrança acima deste valor:

"Art. 192 -

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."

Mesmo entendendo V.Sa. não ser auto-aplicável o artigo citado, o Decreto nº 22.626/33 é claro ao vedar a prática de usura, e seu artigo 1º regula a matéria pertinente à limitação dos juros, estabelecendo ser proibida a estipulação de taxas superiores ao dobro legal, que é de 6% (seis por cento) ao ano, conforme regra do art. 1.062 do Código Civil:

"Art. 1.062 - A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano".

Os autuantes colocaram o valor cobrado dos juros, mas não o percentual dos mesmos, e devemos nos lembrar deste limite legal de 6% ao ano, cabendo ao Estado explicar como calculou tais juros, qual taxa utilizou, pois, caso contrário, o mesmo estará agindo como um verdadeiro agiota.

Caso os juros estejam exacerbados, os mesmos devem ser novamente calculados, utilizando-se os índices de juros permitidos em lei.

Lembre-se ainda que os juros considerados no auto de infração não poderão ser cumulados mensalmente, praticando o chamado anatocismo, que é defeso pelo nosso ordenamento jurídico.

Como dito anteriormente, cabe ao Estado provar como chegou a tais valores e que estes estão de acordo com o ordenamento legal.

DO CÁLCULO DA MULTA

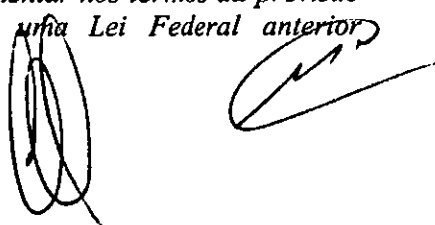
A Lei nº 5.172/66, que é o Código Tributário Nacional, possui "status" de Lei Complementar Federal, sendo, portanto, Lei Constitucional, em razão da outorga constitucional do art. 146, III, a, CF/88:

"Art. 146 - Cabe a lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Como não foi baixada uma Lei Complementar nos termos da previsão constitucional do art. 146 e, existente uma Lei Federal anterior



dispondo sobre normas gerais da legislação tributária capaz de cumprir os requisitos exigidos, esta vem desempenhando o papel de Lei Complementar. Esta conceituação tem sido aceita pelos mais renomados tributaristas e juizes dos tribunais.

Desta feita, a norma superior, que é o CTN, em seu art.97, § 2º, permite somente a atualização da base de cálculo para cálculo do "quantum" do imposto devido, e não também da multa, que não é imposto, tomando-se o cálculo da multa, no auto de infração em questão, em algo inaceitável, do ponto de vista técnico, moral, legal, social e constitucional. Vejamos o que diz tal artigo: "Art.97 -

§ 2º - Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

A previsibilidade estatuida no § 2º, art.97, CTN, para atualização da base de cálculo para cálculo do tributo, exclui a possibilidade da atualização do valor da operação para imposição da multa, senão vejamos:

É importante ressaltar que o parágrafo fala em "atualização monetária da base de cálculo", que por sua vez nada tem a ver com "atualização monetária do valor da operação", conforme depreendemos da interpretação do art.3º do CTN, quando este define o que é tributo:

"Art.3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (Grifo nosso). Ora, multa nada mais é do que sanção de ato ilícito, não contando com a autorização do CTN para a realização da atualização monetária do valor da operação ou prestação para imposição da multa.

Constitui dever moral da Administração Tributária rejeitar resultado de normas inconstitucionais com intuito de prejudicar os contribuintes, onerando o encargo tributário muito além do valor devido, nos termos das normas estabelecidas na Legislação Tributária.

Sendo assim, com base no disposto no CTN, a recorrente exige que seja rejeitada a cobrança de juros no que diz respeito ao valor da penalidade pecuniária.

ASSIM

Concluimos o nosso raciocínio com o que diz a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode anulá-lo por seus próprios meios".

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA - Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

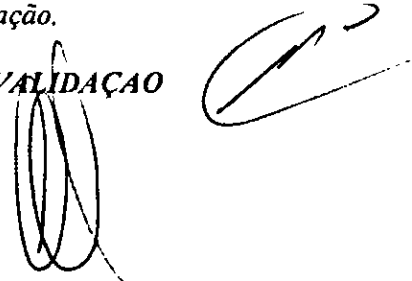
CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art.1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

CAPÍTULO XIV

DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO



Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

DO PEDIDO

"Ex positis", face às razões retro expendidas, requer-se seja o presente feito julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE, com o fim de impedir que a impetrante pague o valor indevidamente cobrado."

A Decisão de primeira instância anexa às fls. 295/305, com ciência em 02.09.2004, fls. 311, restou assim ementada:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2003

Ementa: NULIDADE, NÃO FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS. PRESUNÇÃO. FICÇÃO. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. Não cabe a decretação de nulidade do lançamento pelo alegado não fornecimento de documentos quando a autuação se encontra toda embasada em demonstrativos elaborados pelo sujeito passivo ou em livros e documentos por ele fornecidos. Também não se verifica a utilização de qualquer presunção ou ficção, seja no procedimento fiscal, seja na apuração da capacidade contributiva, quando todos os elementos são, como demonstrado, apurados na contabilidade do sujeito passivo.

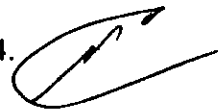
MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. A autuação fiscal se mostra escoreita quando aplica os juros de mora e a multa de ofício previstos na legislação tributária, não cabendo às instâncias administrativas a apreciação de constitucionalidade dessas normas.

Lançamento Procedente"

Da decisão de 1ª. Instância recorre a contribuinte a este Colegiado, através da peça recursal anexa às fls. 315/324, recepcionada aos 28/09/2004, mediante a qual aduz as mesmas razões de defesa arroladas em sua peça impugnatória.

Bens arrolados às fls. 325/328, com juízo de seguimento às fls. 334.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, Relator

O recurso interposto apresenta todos os pressupostos exigidos para sua admissibilidade. Dele conheço.

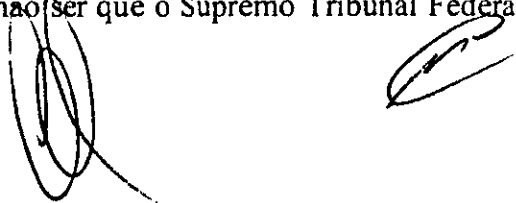
Inicialmente, reputo inconsistente a arguição da defesa de que não lhe foram disponibilizados os documentos que embasam a apuração do tributo lançado. Ora, como se vê dos autos a base de cálculo do IRPJ foi quantificada através do próprio documentário contábil fiscal fornecido ao fisco pela contribuinte, inclusive consta esta nas declarações apresentadas, já sob procedimento fiscal, com base no lucro presumido.

Dessarte, inexistente na exigência ora formalizada o alegado cerceamento de defesa a que se reporta a recorrente.

Também, não vislumbro no procedimento fiscal que ora se aprecia a utilização de qualquer recurso a ficções ou presunções a que se reporta a defesa. Com efeito, como dito anteriormente a exigência fiscal é toda embasada em documentos contábeis fiscais fornecidos à fiscalização pela própria contribuinte. Portanto, não se configura no caso qualquer ferimento aos comandos insertos nos arts. 97 e 110 do CTN.

A base de cálculo apurada e a diferença de imposto lançada pelo fisco baseou-se nos dados e informações da escrituração contábil mantida pelo sujeito passivo. Portanto, a apuração foi toda calcada nos dados contabilizados pela empresa. Cumprido, pois, a fiscalização o seu dever de ofício de provar o cometimento da infração pela recorrente. Nesse passo, cabe à empresa agora demonstrar a possível ocorrência de erros ou inconsistências em suas informações contábeis. Não há, pois, no presente caso, a inversão do ônus da prova; porquanto o fisco nos autos do processo demonstra de forma cabal a falta de recolhimento do IRPJ, com base nos Registros de Saída contabilizados pelo sujeito passivo.

Quanto ao princípio constitucional da capacidade contributiva invocado pela defesa, cabe asseverar que referida garantia constitucional é endereçada ao Poder Legislativo, o qual deve observá-la quando da feitura das normas tributárias que subsumem os fatos ocorridos no mundo fenomênico às hipóteses de incidência dispostas nas leis. Os órgãos do Executivo não podem desprestigiar a competência do Legislativo, a não ser que o Supremo Tribunal Federal,



declare a inconstitucionalidade da norma, retirando-a do ordenamento jurídico. Tal não ocorreu com as regras tributárias ora aplicadas, como também inexistiu Resolução do Senado que tenha suspenso a eficácia dos comandos adotados pelo fisco, na presente autuação.

Nesse passo, valho-me da oportuna lição de Marco Aurélio Greco¹ sobre a capacidade contributiva:

"A meu ver, o atingimento da capacidade contributiva é identificado a partir da vontade manifestada na lei à vista do pressuposto de fato do tributo; ou seja, o que a lei visa atingir diante de certa realidade".

Também, leciona Luciano Amaro²:

"Em regra, o contribuinte é, na situação material descrita como fato gerador, a pessoa que manifesta a capacidade contributiva, ou seja, titularidade de riqueza (renda, patrimônio, etc)."

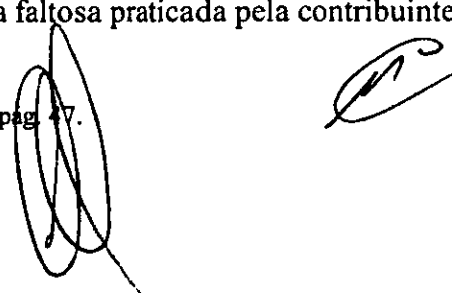
Dessarte, observa-se que o agente fiscal aplicou a norma tributária sobre os valores lançados no Livro de Registro de Saídas, não ferindo, portanto, na aplicação da lei, os preceitos relativos à capacidade contributiva.

Quanto à multa imposta, ressalte-se que não se vê, no auto de infração, a suposta atualização de sua base de cálculo, nem juros que recaiam sobre o referido gravame. Ora, se a fiscalização concluiu que o sujeito passivo não recolheu, espontaneamente, a totalidade do tributo que devia recolher, nos termos da lei, nada mais correto que sancionar a conduta faltosa, com base no artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, aplicando a punição legalmente estipulada, sobre o valor da exação não recolhida no vencimento legal.

No entanto, como existente em farta jurisprudência deste Conselho não vislumbro no caso dos autos a conduta delituosa que autorize a qualificação da multa de lançamento de ofício aplicada. Com efeito, como se infere dos autos a infração cometida pelo sujeito passivo trata de falta de recolhimento de tributo sobre a receita contabilizada, não representando esta no meu entender a tipificação necessária para a qualificação da multa de ofício. A aplicação da multa no percentual de 75% por si só já sanciona a conduta faltosa praticada pela contribuinte.

¹ Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária, Dialética, 1998, pág. 47.

² Direito tributário brasileiro, Saraiva, 11ª edição, pág. 300.

A handwritten signature in black ink is located at the bottom right of the page. To its left is a circular stamp, also in black ink, which appears to be an official seal or mark.

Finalmente, no que se refere aos juros de mora calculados com base na taxa Selic, aplica-se a Sumula deste Conselho:

“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 1º C.C. Nº 04”

Em suma, conforme o exposto, REJEITO as preliminares suscitadas pela defesa, e, no mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para comutar a multa de lançamento de ofício para o percentual de 75%.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2007


MARCIO MACHADO CALDEIRA

