



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTERIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 28 / 05 / 2004
Visto

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

Recorrente : COMERCIAL RAINHA LTDA. ME
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RAZÕES RECURSAIS. Não se conhece de matéria estranha aos autos, por ausência de relação com a lide estabelecida.

NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores.

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese, negar-lhes execução.

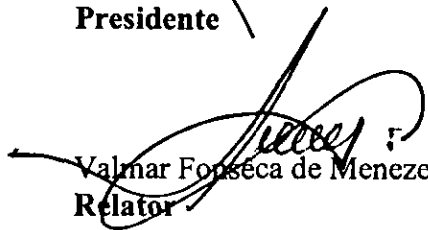
Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COMERCIAL RAINHA LTDA. ME.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 02 de julho de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf



Processo nº : 13312.000388/2002-47

Recurso nº : 122.202

Acórdão nº : 203-09.039

Recorrente : COMERCIAL RAINHA LTDA. ME

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Contra o Sujeito Passivo acima identificado foi lavrado Auto de Infração da **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS**, fls. 07/18, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado, no valor total de **R\$515.523,66**, incluindo encargos legais.

A infração apurada pela Fiscalização relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls.08/10), foi, em síntese, a seguinte:

COFINS

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO - COFINS

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, conforme demonstrativos anexo, os quais foram levantados com base nos livros de registro de saída de mercadorias, cujas cópias estão anexadas ao processo.

Enquadramento Legal: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, Art. 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/43; art. 149 da Lei nº 5.172/66; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias nº 1.807, de 25 de fevereiro de 1999, e nº 1.858, de 29 de junho de 1999 e suas reedições.

Inconformado com a exigência fiscal da qual tomou ciência em 20.06.2002 (fls. 07), apresentou o contribuinte impugnação em 19.07.2002 (fls. 172/184), alegando que:

DOS FATOS

A defendente é pessoa Jurídica de direito privado que dedica-se à atividade de comercialização varejista de gêneros alimentícios e miudezas em geral, sendo, portanto, contribuinte do IRPJ.

Sempre exerceu sua atividade com regularidade, cumprindo suas obrigações tributárias junto ao Fisco Municipal, Estadual e Federal, conforme previsão legal, principalmente, em relação a COFINS.



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

Inobstante tais cuidados, a ora Impugnante foi surpreendida, quando da realização de fiscalização efetuada pelo auditor da Receita Federal, pela lavratura do Auto de Infração ora impugnado.

DO MÉRITO

Ocorre que, como se demonstrará a seguir, o procedimento da Impugnante, ao revés do que entendeu o agente fiscal atuante, encontra-se em perfeita consonância com a legislação pertinente.

Nesse diapasão, restará provada a absoluta improcedência do Auto de Infração ora impugnado, sendo passível de arquivamento por não configurar infração a qualquer dispositivo legal.

Após ter procedido a fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ relativo aos anos calendário de 1998/2001, no estabelecimento da defendente, foram lavrados como reflexos do Auto de IRPJ e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, os Autos de Infração do COFINS e PIS(sic).

Segundo procedimento de verificação, procedido pelo fiscal atuante, acerca do cumprimento das obrigações tributárias pelo defendente, foi apurada "suposta" infração relativa a omissão de receitas, que teria ocasionado, por conseguinte, a insuficiência da base de cálculo das contribuições, objeto dos Autos reflexos.

Em não tendo sido procedida a devida tributação sobre a suposta receita omitida de que trata o Auto principal, conforme será demonstrado mais adiante, igualmente tornam-se desprovidos de qualquer validade os Autos de Infração reflexos, razão pela qual os mesmos deverão ser anulados.

DA OMISSÃO DE RECEITAS

O art. 400, § 6º, do RIR, dispõe:

"Art. 400 - A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita, quando conhecida.

§ 6º - Verificada a ocorrência de omissão de receita será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos."

Em assim sendo, mesmo que as alegadas omissões de receitas fossem procedentes, nos exercícios fiscalizados, mesmo assim, a defendente teria os seus resultados tributários sujeitos a uma modalidade mista, ou seja, o lucro líquido, apurado na contabilidade, com os respectivos ajustes previstos na lei, deveriam ser tributados pelo lucro real, e a omissão de receitas, tributada pelo arbitramento.



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

Por ter de ser tributada por arbitramento, a alegada omissão de receita terá de se submeter às regras do art. 400 §6º, supra transcrito.

Verifica-se, logo, pelo "caput", do mencionado artigo, que o arbitramento deverá ser feito em percentagem da receita bruta, e não na sua totalidade. E o § 6º fixa essa percentagem em 50% (cinquenta por cento), e não deixa margem a que seja outra, muito menos de 100% (cem por cento), conforme foi considerado nos referidos Autos.

É assim que se vem posicionando os Tribunais com referência à matéria ora ventilada, o que V. Sa. pode constatar a partir dos seguintes julgados transcritos às fls. 201/203.

DA COMPENSAÇÃO DOS LUCROS REAIS NEGATIVOS DECLARADOS

Apesar de penalizada pelo não recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, relativo anos-calendário de 1998 a 2001, o fiscal autuante não abateu, corretamente, do suposto débito da defendente o crédito decorrente dos resultados negativos ocorridos nos anos-calendário anteriores, bem como no período fiscalizado, todos constantes nas Declarações de Rendimentos, posto que até o exercício de 1995, ano-base 1994, encontrava-se ainda vigente a legislação que possibilitava a absorção total destas perdas nos períodos subseqüentes; e com relação ao exercício de 1996, ano-base de 1995, tal exigência é igualmente inaplicável não podendo neste último exercício sujeitar-se à limitação contida no Art. 42 e 58 da lei nº 8.981/95, que veio limitar em 30% a referida compensação, a teor dos pronunciamentos transcritos às fls. 204/206 dos autos.

Ao desconsiderar a possibilidade de compensar a totalidade (100%) dos prejuízos apurados pelo defendente, estar-se-á distorcendo a finalidade dos respectivos tributos, que é tributar a renda (IRPJ) e de se tributar o lucro (Cont. Social) - ambos obedecendo a mesma sistemática.

Ademais, a universalidade consagrada na Lei Maior (§ 2º, III do art. 153), exige que se leve em consideração todos os resultados existentes - tanto os positivos como os negativos - a fim de que se cheque aos exatos conceitos que servirão de base para tributação, ou seja, da renda (IRPJ) e do Lucro (Cont. Social).

Ante o acima demonstrado, resta totalmente impossível qualquer espécie de limitação à compensação de prejuízos, ora atacada nesta defesa.

DA MULTA CONFISCATÓRIA E DOS JUROS



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

Outro ponto que também merece ser impugnado nos referidos Autos, refere-se aos valores de indexação utilizados pelo fisco, a título de MULTA e JUROS, para apuração do crédito tributário.

Ora, Ilustre julgador, primeiramente, a indexação a título de juros de mora, deverá ser calculada obedecendo o critério estatuído no Art. 161, § 1º, do CTN, como bem diz a Lei nº 8981/95, em seu Art. 85, *verbis*:

Art. 85 - O produto da arrecadação dos juros de mora, no que diz respeito aos tributos e contribuições, exceto as contribuições arrecadadas pelo INSS, integra os recursos referidos no art. 3º, § único; 4º; 5º, § 1º, da Lei nº 7.711/88, e no art. 69 da lei nº 8.383/91, até o limite de juros previstos no Art161, § 1º, da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Desta forma, o fiscal autuante deveria ter aplicado, ao caso, juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, conforme preceitua o citado dispositivo legal.

Quanto a devida aplicação da MULTA, vale mencionar, que, recentemente, o Governo Federal editou a Lei nº 9.298/96, publicada no DOU de 02/08/96, que diz o seguinte:

"Art. 52

§ 1º - As MULTAS DE MORA decorrentes do INADIMPLEMENTO de obrigações no seu termo, não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação."

Como se vê, a multa de mora decorrente do inadimplemento de obrigações não poderá ser superior a 2% (dois por cento), uma vez que o índice de inflação atual tende a alcançar cada vez mais índices menores.

Em sendo assim, não se pode deixar que os órgãos Públicos massacrem os contribuintes aplicando-lhes percentuais de multas e juros sobre o valor dos seus créditos, que na maioria das vezes alcançam 80% (oitenta por cento) do total do débito, configurando-se, nestes casos, como verdadeiro CONFISCO insusceptíveis de recepção pela Constituição Federal, uma vez que esta expressamente veda a cobrança de imposto com efeito de confisco, bem como a aplicação de MULTA CONFISCATÓRIA.

Diante da construção do raciocínio acima, evidenciase a derrocada dos indexadores utilizados nos Autos de Infração de que se cuida.

DO ART. 145, DO CTN

Os Autos ora impugnados, devem ser anulados, haja vista possuírem os mesmos iliquidez.

Ora, se os valores contidos nos referidos autos estão equivocados, os mesmos devem ser anulados, de acordo com o art. 145 do CTN que expressa:



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

"Art. 145 - O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149."

Exa., se o referido artigo expressa que o lançamento só pode ser alterado pela autoridade administrativa, os Autos de infração ora questionado devem ser anulados, incondicionalmente, pois não pode ser retificado pela via judicial.

Sobre o tema assim vem se posicionando nossa jurisprudência transcrita às fls. 209.

Dessa forma, entende a defendente que os Autos supra citados devem ser anulados, em virtude dos mesmos terem sido baseados em valores não condizentes com a realidade dos fatos.

Em face do acima exposto, requer a defendente a ANULAÇÃO do Auto de Infração de IRPJ e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL -Matriz (Doc. 01), bem como de seus reflexos, de que trata os Autos de Infração do COFINS e PIS, pelas vastas razões de direito acima suscitadas.

Repare ilustre Julgador que os argumentos expostos no MÉRITO contestam/explicitam os fatos relatados no Relatório Fiscal da Infração deixando claro não ter havido em momento algum infração a legislação da Receita Federal.

Ex positis, sobejamente demonstrado que o contribuinte autuado jamais cometeu qualquer infração ou deixou de recolher qualquer valor de tributos devido aos cofres do IRPJ, o que descaracteriza a presente Autuação Fiscal, impondo o reconhecimento da sua total improcedência.

DO PEDIDO

Ex positis, considerando as razões fáticas e jurídicas aduzidas, pela impugnante, que ensejam a desconsideração da peça punitiva sob comento, e considerando que durante a formalização do Auto, houve equívocos, requer:

1) que seja realizada perícia nas declarações dos anos anteriores assim como nos livros fiscais, onde se confirma os valores acima citados e se constata os créditos de resultados negativos;

2) que V. Sa. julgue o presente Auto de Infração totalmente improcedente, por ser medida de mais Inteira JUSTIÇA."



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

adiante:

A DRJ em Fortaleza - CE proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: COFINS - LANÇAMENTO COM BASE NOS VALORES ESCRITURADOS NO LIVRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS.

É válido o lançamento da COFINS efetuado com base nos valores escriturados pela empresa no livro Registro de Saídas, mormente quando o contribuinte, regularmente intimado, não apresenta os demais livros e documentos obrigatórios de sua escrita contábil/fiscal.

BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

Não tendo a defendente demonstrado que os valores escriturados no livro Registro de Saídas estão eivados de vícios e erros, não se justifica a produção de novas provas para se formar o convencimento sobre a procedência da exação.

APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA DE 150%

Provado nos autos que o contribuinte recolheu a menor os tributos devidos e que, sistematicamente, por mais de três anos consecutivos, apresentou declarações a SRF informando bases de cálculo inferiores ao faturamento obtido a cada mês, configurado está o evidente intuito de fraude, por sonegação (art. 71 da Lei 4.502/64), cabendo a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, II, da Lei 9.430/96).

MULTA CONFISCATÓRIA.

O simples valor da multa aplicada não é parâmetro suficiente para demonstrar que a penalidade imposta tem natureza de confisco. Incabível a discussão dos princípios constitucionais que tratam da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, por força de exigência tributária, os quais deverão ser observados pelo legislador no momento da criação da lei. Portanto, não cogitam estes princípios de proibição aos atos de ofício praticados pela autoridade administrativa em cumprimento às disposições legais inseridas no nosso ordenamento jurídico, mesmo porque a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO. APRECIACÃO. COMPETÊNCIA.



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

A apreciação e declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é prerrogativa reservada ao Poder Judiciário, vedado, portanto, sua apreciação pela autoridade administrativa em respeito aos princípios da legalidade e da independência dos Poderes.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS MORATÓRIOS.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela Administração em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança dos juros moratórios com base na taxa Selic.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA.

Admite-se o deferimento de pedido de diligência ou perícia quando provas circunstanciais indiquem, como um mínimo de possibilidade, ser tal procedimento elucidador ao desfecho do processo. No caso em que os argumentos não são acompanhadas das respectivas provas, nem mesmo indiciárias, não há como se atender a esse pedido.

ÔNUS DA PROVA.

A atribuição do ônus da prova ao Fisco não o impede de efetuar o lançamento de ofício com base nos elementos de que dispuser, quando o contribuinte, obrigado a prestar declaração ou intimado a informar sobre fatos de interesse fiscal de que tenha ou deva ter conhecimento, se omite, se recusa a fazê-lo, ou o faz insatisfatoriamente.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, especificamente que:

- os valores lançados estão equivocados e houve ofensa ao direito de livre defesa, sendo, por isso, nulo o auto lavrado;
- A multa aplicada é inconstitucional.

É o relatório.



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Verifica-se, inicialmente, que a peça recursal contempla várias argumentações referentes a outros tributos, constituindo-se, pois, em matérias estranhas aos autos, razão pela qual passo a desconsiderá-las.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

No tocante à nulidade, verifiquemos a sua pertinência ao caso em análise.

Inicialmente, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

"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. "

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso I e nem se pode falar em cerceamento do direito de defesa na fase de lançamento, como bem lembra Antonio da Silva Cabral, em sua obra *Processo Administrativo Fiscal*, Editora Saraiva, 1993, página 524. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais e recebimento de cópia dos mesmos, por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citadas pelo fisco, em especial as disposições do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do Processo Administrativo Fiscal, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA APLICADA.

No tocante a esta nuance, cabe apenas lembrar a natureza da atividade administrativa, com relação à sua vinculação legal.



Processo nº : 13312.000388/2002-47
Recurso nº : 122.202
Acórdão nº : 203-09.039

É de se esclarecer que o Conselho de Contribuintes, como órgão da Administração Direta da União, não é competente para decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal. Como entidade do Poder Executivo, cabe ao mesmo, mediante ação administrativa, aplicar a lei tributária ao caso concreto.

A Constituição Federal, em seu art. 2º, estabelece o princípio da separação e independência dos Poderes, sendo, portanto, interdito ao Executivo avocar matéria de competência privativa do Poder Judiciário, como é a de decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal.

Desta forma, alegações de conflitos entre normas legais e entre estas e a Constituição Federal e os seus princípios não podem ser objeto de análise pela instância administrativa, motivo pelo qual serão desconsideradas neste voto.

Adicionalmente, observe-se que os procedimentos adotados, inclusive a própria autuação, foram estabelecidos por normas legais não declaradas nulas ou sem eficácia pelo Poder Judiciário e citadas nos autos.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 02 de julho de 2003


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES