



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 13706.001069/2002-25
Recurso nº. : 132.678
Matéria : IRPJ - Exs: 1994 e 1995
Recorrente : LEFISA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida : 7ª TURMA DRJ no RIO DE JANEIRO - RJ
Sessão de : 14 de abril de 2004
Acórdão nº. : 101-94.537

NULIDADE – APERFEIÇOAMENTO DO LANÇAMENTO – IMPROCEDÊNCIA – Não é causa de nulidade do lançamento de ofício, a ciência ao contribuinte, posterior à impugnação, de demonstrativo constante nos autos do processo administrativo, tampouco caracteriza qualquer aperfeiçoamento do auto de infração.

IRPJ - LUCRO ARBITRADO – FURTO DE LIVROS E DOCUMENTOS - Se não demonstradas as devidas precauções relativamente à boa guarda dos documentos, e tampouco tendo providenciado a tempo a reconstituição de sua escrituração, é cabível o arbitramento dos lucros.

IRPJ – LUCRO ARBITRADO – APLICAÇÃO DO ART. 43 DA LEI Nº 8.541/92, ALTERADO PELA LEI Nº 9.064/95 E REVOGADO PELA LEI Nº 9.249/95 – RETROATIVIDADE BENIGNA: A forte conotação de penalidade da norma de incidência, combinada com a quebra de isonomia e da sistemática que instrui o lucro presumido e o conflito entre os conceitos de receita e lucro, fazem com que seja aceitável a aplicação da retroatividade benigna quando da revogação da norma de caráter punitivo, aplicando-se aos casos de omissão de receita de empresa que tributou pelo lucro presumido seus resultados do ano-calendário de 1995. Por impedimento legal, não cabe a este Colegiado inovar no lançamento, tornando-se inevitável o cancelamento da exigência como um todo.

IRRF – ART. 44 DA LEI Nº 8.541/92 – APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA REVOGADORA DE PENALIDADE – ALÍQUOTA EXPUNGIDA DO ACRÉSCIMO DE NATUREZA PENAL – Revela caráter de penalidade a tributação, prevista no art. 44 da Lei nº 8.541/92, incidente sobre o lucro indevidamente reduzido e presumido distribuído ao sócio da pessoa jurídica tributada com base no lucro real. Aplica-se retroativamente o art. 36, inciso IV, da Lei nº 9.249/95, que a revogou. Em consequência, tratando-se de ato não definitivamente julgado, deve ser afastada a aplicação do dispositivo revogado, expungindo-se a alíquota daquilo

que constitui acréscimo penal. No ano-calendário 1993, a inexistência de previsão legal para a incidência do IRRF sobre a regular distribuição de lucros aos sócios (art. 75 in fine da Lei nº 8.383/91) faz com que a tributação prevista no art. 44 da Lei nº 8.541/92 (aplicação da alíquota de 25% sobre 100% da receita omitida) se constitua integralmente em acréscimo penal, devendo ser cancelada.

PIS – OMISSÃO DE RECEITAS – INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO – O lançamento de PIS que não observa todos os ditames da Lei Complementar 7/70 não pode prevalecer.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – OMISSÃO DE RECEITAS – Provado, de forma inequívoca que o contribuinte recebeu pagamentos de vendas efetuadas a órgãos públicos, em montantes superiores aos declarados, cabível o lançamento com a exigência das diferenças apuradas.

COFINS – OMISSÃO DE RECEITAS – Provado, de forma inequívoca que o contribuinte recebeu pagamentos de vendas efetuadas a órgãos públicos, em montantes superiores aos declarados, cabível o lançamento com a exigência das diferenças apuradas.

JUROS DE MORA - SELIC - Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por LEFISA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

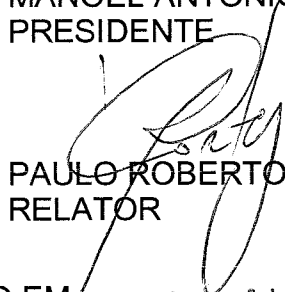
ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para: 1) no ano de 1994, deduzir da base de cálculo do IR-Fonte o valor do IRPJ lançado de ofício; 2) no ano de 1995, cancelar as exigências do IRPJ, do IRF e da Contribuição para o PIS, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.




Declarou-se impedida de participar do julgamento a Conselheira Sandra Maria Faroni.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



PAULO ROBERTO CORTEZ
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

RECURSO Nº. : 132.678
RECORRENTE : LEFISA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

LEFISA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, por intermédio da petição de fls. 142/156, do Acórdão nº 00057, de 10/10/2001, prolatado pela 7ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ, fls.118/133, que julgou procedente o crédito tributário constituído nos autos de infração de IRPJ, fls. 40; PIS, fls. 47; COFINS, fls. 53; IRFONTE, fls. 66 e CSLL, fls. 77.

Consta na descrição dos fatos e enquadramento legal (fls. 41), que o lançamento é decorrente do arbitramento dos lucros nos anos-calendário de 1994 e 1995, em razão da falta de apresentação dos livros e documentos da escrituração, apesar de intimada a fazê-lo. Também foi apurada omissão de receitas na revenda de mercadorias. O enquadramento legal deu-se com base nos artigos 539, inciso III, 541 e 546 do RIR/94 e art. 47, inciso III, da Lei nº 8.981/95.

Contra o lançamento constituído na ação fiscal, a contribuinte insurgiu-se tempestivamente em 05/11/02, nos termos da impugnação de fls. 83/92.

A 7ª Turma da DRJ/RJ, decidiu pela manutenção parcial do lançamento, conforme acórdão acima citado, cuja ementa tem a seguinte redação.

“IRPJ

Ano-calendário: 1994, 1995

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. A ciência ao contribuinte, posterior à impugnação, de demonstrativo numérico que embasou a exigência não configura aperfeiçoamento do lançamento nem implica sua nulidade, ainda que feita após o prazo decadencial, se o auto de infração foi tempestivamente notificado.

LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS. É indispensável demonstrar, de forma inequívoca, a observância estrita das formalidades



previstas no art. 210 do RIR/94, para que a alegação de furto dos livros e documentos contábeis revista-se da eficácia de elidir o procedimento fiscal.

LUCRO ARBITRADO. BASE DE CÁLCULO. *A existência de dúvidas e equívocos na apuração dos valores da base de cálculo afasta a certeza do montante exigido, requisito essencial do lançamento (CTN, art. 142), e dá causa ao cancelamento da exigência correspondência a 1995.*

OMISSÃO DE RECEITAS. *Provado nos autos que o contribuinte recebeu pagamentos de vendas a órgãos públicos em valores superiores aos declarados, é de se tributar a parcela excedente. Reduz-se o lucro para 50% dos valores omitidos em face do § 2º do art. 892 do RIR/94.*

CSLL

Ano-calendário: 1994, 1995

LANÇAMENTO DECORRENTE. *Uma vez julgada a matéria contida no lançamento principal, igual sorte colhe o auto de infração lavrado por decorrência dos mesmos fatos que originaram aquele.*

LUCRO ARBITRADO. BASE DE CÁLCULO. *É indevida a exigência da CSLL, nos casos de arbitramento do lucro de pessoas jurídicas obrigadas a manter escrituração contábil, no período anterior à vigência da Lei nº 8981/95, por falta de definição legal da base de cálculo.*

OMISSÃO DE RECEITAS. *É devida a cobrança, tendo como base de cálculo o valor omitido, conforme art. 43 da Lei nº 8.541/92.*

OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

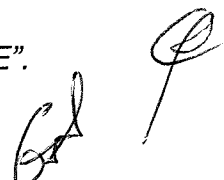
Ano-calendário: 1994, 1995

PIS. COFINS. IRRF.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. *Uma vez julgada a matéria contida no lançamento principal, igual sorte colhem os autos de infração lavrados por decorrência dos mesmos fatos que originaram aquele.*

PIS. *Deve ser cancelada a exigência baseada na PM nº 1212/95, no período de outubro a dezembro de 1995, em virtude da inconstitucionalidade de seu art. 15, conforme IN SRF n. 06/2000.*

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE".

Two handwritten signatures in black ink, one appearing to be 'GJ' and the other a stylized 'P' or 'F'.

Ciente da decisão de primeira instância em 18/12/01 (fls. 140), a contribuinte interpôs tempestivo recurso voluntário, protocolo de 14/01/02 (fls. 142), onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) que no ano-calendário de 1994, apresentou declaração de rendimentos com base no lucro real, e no período-base de 1995, pelo lucro presumido;
- b) que, intimada a apresentar seus livros e documentos, o representante legal informou que seu contador fora vítima de roubo de vários livros e documentos da empresa, apresentando o Registro de Ocorrência e a prova da publicação da ocorrência em órgão da imprensa;
- c) que o auto de infração não identifica de onde o autuante levantou as bases de cálculo para arbitramento, o que impossibilitou a autuada de contraditá-las, caracterizando cerceamento de defesa. Uma vez que não existem mais os livros e cópias das declarações da empresa, evidentemente que não tem como contestar os valores utilizados pelo auditor como receita operacional;
- d) que o auto de infração é nulo porque desacompanhado dos elementos de prova quanto à receita operacional indicada pelo autuante e, também, quanto à omissão de receitas;
- e) que, em fase de preparo de julgamento, a DRJ tentou suprir, em parte, a falta de informações, intimando o responsável pela empresa, em 08/05/2001, para tomar ciência do relatório de dados elementares do SIAFI (referidos no termo de constatação). Essa intimação não tem o condão de salvar o auto de infração. Na realidade, se o auto é nulo, ele não se regulariza com intimação posterior para suprir a falta que o macula;
- f) que, em 08 de maio de 2001, data da ciência da intimação, houve aperfeiçoamento do lançamento original, porém, não mais estava autorizada a Fazenda a promover lançamento relativo a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 1994 e 1995, pois o termo final do prazo decadencial para o último desses períodos ocorreu em 31 de dezembro de 2000;
- g) que a base de cálculo da CSLL sobre os valores omitidos está errada, pois corresponde a 100% dos valores omitidos, quando deveria ser de 50%;
- h) que, em relação ao IRFONTE, os dispositivos da Lei 9064/95, mencionados no enquadramento legal, (art. 3º, que mudou a redação dos arts. 43 e 44 da Lei 8.541/92, e art. 5º, só são aplicáveis a lançamentos correspondentes a fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/96;



- i) que a dedução do IRPJ e da CSLL, para efeito de determinar a base de cálculo da distribuição sujeita ao IRFONTE, decorre de regra aritmética, e independe de previsão legal. Não pode ser distribuído aos sócios o que se destina a ser recolhido ao Tesouro Nacional;
- j) que o lançamento a título de contribuição para o PIS, deve ser cancelado, pois, segundo o comando do parágrafo único do art. 6º da LC 07/70, a base de cálculo da contribuição é o faturamento do sexto mês anterior;
- k) que é ilegal a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic.

Às fls. 184, o despacho da DRF no Rio de Janeiro - RJ, com encaminhamento do recurso voluntário, tendo em vista o atendimento dos pressupostos para a admissibilidade e seguimento do mesmo.

É o Relatório.



VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ , Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Preliminarmente a recorrente suscita a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e também por decadência, tendo em vista que teria ocorrido aperfeiçoamento no lançamento por parte da Delegacia de Julgamento.

Inexiste qualquer possibilidade de se acatar a preliminar de decadência, em primeiro lugar porque não houve qualquer aperfeiçoamento ou modificação no lançamento realização pela autoridade autuante, portanto, não há que se contar prazo decadencial.

Por outro lado, caso tivesse ocorrido qualquer modificação no lançamento original, desnecessário seria a contagem do prazo decadencial, pois mesmo que estivesse dentro do prazo legal para o lançamento, nula seria a ação levada a efeito pela DRJ, a qual não possui competência para tanto.

A norma que criou as delegacias de julgamento é muito clara e não deixa qualquer dúvida de que tais órgãos foram criados para exercer, exclusivamente, a atividade de julgamento de processos. São delegacias especializadas neste mister, cuja competência não compreende a atividade de lançamento, a qual permanece com as Delegacias da Receita Federal. Se assim não fosse, seria desnecessária a sua criação, separando uma atribuição de outra e especializando as funções.

Diante disso, não há que se falar em aperfeiçoamento no auto de infração, pois ocorre que simplesmente a DRJ forneceu à contribuinte, cópia do

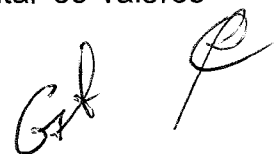


Relatório de Fiscalização, documentos este já fazia parte do presente processo desde a constituição do auto de infração. Tal procedimento, no meu entender desnecessário, eis que o processo esteve na repartição à disposição da contribuinte, para manuseá-lo ou extrair as cópias que considerasse necessárias.

Na verdade, pode até se dizer que houve excesso de zelo por parte da repartição, ao proceder a remessa de documentos fornecidos pelos órgãos públicos que efetuaram pagamentos à recorrente. Em primeiro lugar, porque a interessada recebeu os citados valores dos órgãos pelo fornecimento de bens ou serviços e, portanto, não pode alegar desconhecimento dos valores, tampouco das fontes pagadoras. Em segundo lugar, os documentos citados, sempre estiveram à disposição da empresa pois compunham os autos do processo em questão.

Diante disso, não se pode cogitar a respeito de qualquer irregularidade cometida pela repartição julgadora de primeira instância, ainda mais que a questionada intimação não promoveu qualquer alteração, reforma ou aperfeiçoamento ao auto de infração, apenas teve o intuito, no meu entender despiciendo, de fornecer maiores detalhes e elementos para garantir-lhe o direito de exercer ampla defesa.

Com relação à utilização da sigla "SIAFI", da qual a recorrente alega não ter conhecimento, e que os demonstrativos elaborados a partir do sistema de pagamentos por parte dos órgãos públicos, não tem valor os argumentos por ela apresentados. Por ocasião ação fiscal, tomou ciência, de forma detalhada, de cada um dos pagamentos efetuados, com data, CNPJ, nome do órgão pagador, número do documento, valor, identificação do banco, número da agência e conta creditada. Ora, não se pode aceitar qualquer argumento de que houve qualquer cerceamento de defesa, ou mesmo falta de esclarecimentos. Ao contrário, era a contribuinte que deveria prestar os necessários esclarecimentos à fiscalização, com as devidas explicações do porquê deixou de tributar os valores recebidos.



MÉRITO

Quanto ao mérito, como visto do relatório, trata-se de arbitramento dos lucros levado a efeito pela fiscalização, tendo em vista que os documentos e livros contábeis solicitados nos itens 1º a 5º da intimação fiscal foram furtados. Quanto ao item 6º do pedido, a contribuinte informou que os demais documentos foram extraviados, conforme resposta firmada por seu representante legal às fls. 06.

Intimada novamente a apresentar o livro Razão e o livro Caixa, os quais não faziam parte do rol dos documentos furtados, segundo consta do registro de ocorrência e o comunicado do jornal, a contribuinte também deixou de atender.

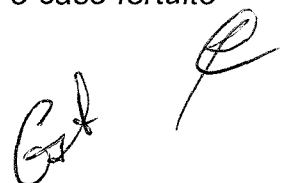
Após a falta de entrega dos documentos solicitados, a autoridade fiscal tomou o cuidado de intimar a contribuinte para que fosse providenciada a reconstituição da escrituração, tendo concedido prazo de mais de seis meses para tanto.

A fiscalizada limitou-se a apresentar cópia do registro de ocorrência do furto dos documentos e mais não fez.

Matéria idêntica a essa ora em discussão foi apreciada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais em 25/11/81, Acórdão nº CSRF/01-0.178, no qual o relator, Dr. Urgel Pereira Lopes, de forma brilhante, firmou os seguintes balizamentos:

"1. Possuir livros comerciais em ordem para exibição ao Fisco, tornou-se inquestionável obrigação de fazer, por parte dos contribuintes;

2. dentre as causas pré-excludentes do cumprimento da obrigação de fazer de que se trata avultam o caso fortuito e a força maior;



3. no nosso *Direito*, a *força maior* e o *caso fortuito* estão disciplinados no § único do artigo 1.058 do *Código Civil*, "in verbis":

"§ único - O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir."

4. a distinção entre *força maior* e *caso fortuito* perde relevância, na medida em que as regras jurídicas a respeito dos dois casos são as mesmas;

5. por fato necessário temos que considerar o fato determinado pela *força maior*, ou pelo *caso fortuito*, cuja previsibilidade ou imprevisibilidade são absolutamente irrelevantes;

6. o núcleo da questão é a preponderância atribuída pela lei à inevitabilidade das consequências. De maneira que é irrelevante saber se é impossível evitar ou impedir o fato necessário mas sim os efeitos de tal fato. Como também é fundamental saber se as consequências ou efeitos a que se alude são objetáveis ao adimplemento;

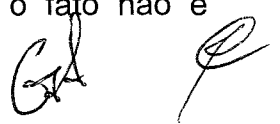
7. se o fato era imprevisível, e implícita ou explicitamente não se lhe poderiam evitar as consequências, incide o artigo 1.058 do *Código Civil*, com o seu parágrafo único;

8. se o fato era previsível e não foram tomadas as providências para que se lhe evitassem as consequências, não há *caso fortuito* ou *força maior* pré-excludentes da responsabilidade, e o artigo 1.058 não incide; e

9. se o fato era previsível, mas seriam ineficientes as medidas para lhe evitar as consequências, incide o artigo 1.058, com seu parágrafo único."

Na seqüência do acórdão sob exame, registra o relator que "resta, portanto, examinar se a recorrente adotou as cautelas que se poderiam esperar do bom senso, da prudência e diligência normais para evitar a destruição, de seus livros e documentos, por incêndio."

Aqui não se trata de incêndio, mas de caso também fortuito, qual seja o de eventual furto. Ora, se o furto era previsível ou não, o fato não é



importante. O que tem que se verificar é se as conseqüências do furto, em relação aos livros e documentos, eram evitáveis ou inevitáveis.

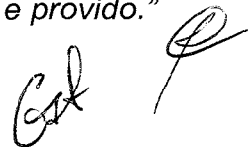
Segundo se depreende dos autos, a fiscalizada limitou-se a entregar à fiscalização, cópia reprográfica do registro de ocorrência na Polícia Civil, do furto dos documentos.

Está caracterizado que não foram tomadas as providências devidas e necessárias para que a documentação fosse guardada em local próprio e seguro, o que, de antemão autoriza concluir, que não foi observado o aspecto relativo a boa ordem e a segurança, conforme estabelece a Resolução CFC nº 597/85.

Porém, com relação ao ano-calendário de 1995, o enquadramento legal da autuação se deu com base no art. 43 da Lei nº 8.541/92, o qual foi alterado pela Lei nº 9.064/95, e, posteriormente, revogado pela Lei nº 9.249/95.

A Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, em sessão de 14 de abril de 2003, apreciou esta matéria, tendo decidido pelo provimento, nos termos do Acórdão CSRF/01-04.477, assim ementado:

*“IRPJ – LUCRO PRESUMIDO – APLICAÇÃO DO ART. 43 DA LEI Nº 8.541/92, ALTERADO PELA LEI Nº 9.064/95 E REVOGADO PELA LEI Nº 9.249/95 – RETROATIVIDADE BENIGNA: A forte conotação de penalidade da norma de incidência, combinada com a quebra de isonomia e da sistemática que instrui o lucro presumido e o conflito entre os conceitos de receita e lucro, fazem com que seja aceitável a aplicação da retroatividade benigna quando da revogação da norma de caráter punitivo, aplicando-se aos casos de omissão de receita de empresa que tributou pelo lucro presumido seus resultados do ano-calendário de 1995. Por impedimento legal, não cabe a este Colegiado inovar no lançamento, tornando-se inevitável o cancelamento da exigência como um todo.
Recurso especial do contribuinte conhecido e provido.”*



Em suas conclusões, o ilustre relator Conselheiro José Carlos Passuelo assim fundamentou o voto:

"(...)

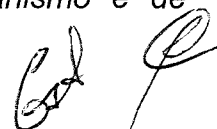
Muitos ponderam que a tributação integral da receita omitida já admitida na sistemática de lucro real e portanto, ampliar tal aplicação ao lucro presumido não é nenhum absurdo.

Concordo que tal procedimento vem sendo aceito com pouco questionamento quando a tributação ocorre pela sistemática de lucro real, mas tenho argumento que me convence de que isso é possível. É que, no lucro real, a apropriação de custos e receitas é acompanhada por um procedimento obrigatório e tecnicamente sofisticado de registro de documentos, conforme princípios e convenções contábeis, em cujo âmbito, não sendo possível atribuir à receita omitida os custos vinculados (específicos), admite-se que os custos tenham sido registrados, até porque o grande benefício fiscal que a omissão de receita propicia (principalmente na venda de bens ou mercadorias) está justamente na possibilidade de apropriar integralmente os custos, em valores significativamente maiores que os lucros da operação, omitindo a receita delas. Esse mecanismo torna aceitável a tributação integral da omissão da receita no lucro real.

Mas, na modalidade de lucro presumido, o grande benefício que o omitente de receitas (digamos de venda de bens e mercadorias) obtém não é o benefício de aproveitar os custos para abater os resultados de outras operações, mas apenas reduzindo a tributação sobre o montante da margem estimada (presumida) definida na legislação de regência.

E, para coibir um benefício que a omissão poderia trazer à empresa que omite receitas de redução de tributos sobre, digamos 8% para as empresas que comercializam mercadorias, o fisco disporia da prerrogativa de tributar 100% do mesmo valor, é sem dúvida estabelecer penalidade exacerbada e criar dispositivo desequilibrado em razão de seus efeitos. Isso sem questionarmos eventuais incidências sobre a distribuição existente à época. E tudo gravado com 75% ou 150% de multa, dependendo do enquadramento fiscal.

Não há como não aceitar que dito mecanismo é de natureza claramente punitiva.



Isso, sem falarmos na quebra da isonomia, princípio tão decantado no direito tributário, segundo o qual, iguais devem ter tratamento idêntico, e não há como querer alterar a base de aplicação do tributo apenas pelo fato de um contribuinte haver contabilizado determinada operação e outro, adotando a mesma forma de tributar, não a tenha. Se diferença existe entre ambos, certamente não será na essência da operação nem na sua base tributável, apenas estará no procedimento de ocultar a operação, o que será cominado com multa própria para a punição de tal procedimento, como dito.

Mas, em direito fiscal, não é admissível punir com tributo. Pune-se com multa.

O tributo deve ser neutro e isonômico diante dos mesmos fatos e circunstâncias, afirmativa extensível à base imponible.

E toda essa argumentação fica mais veemente quando se procura o motivo da revogação do artigo 43 da Lei nº 8.541/92. Isso teria ocorrido por sua inerente tentativa de quebra dos princípios apontados, por trazer no seu bojo penalidade disfarçada ou simplesmente por ter criado situação não isonômica inaceitável? Talvez decorra até de simples aperfeiçoamento tributário. Como não tenho a resposta emitida pela autoridade legislativa, tenho que me contentar com conclusões próprias e opiniões buscadas nos diversos julgados deste Colegiado.

Tudo, porém, conduz à aceitação de que, independentemente de possível falha de elaboração legislativa observável na Lei nº 8.541/92, a colocação do dispositivo no Título IV, das penalidades, não me parece ocasional nem apenas coincidência, porquanto a exação é carregada por forte dose de penalidade, pois pune de forma desproporcional e não isonômica, e pior ainda, usando a figura do tributo, instrumento que não pode se prestar para isso. Mais, cumula, ainda, com multa de ofício. Seria a aplicação de penalidade sobre penalidade? (...)

A conclusão prática disso é que, possuindo tais características punitivas a exação trazida no art. 43 da Lei nº 8.541/92, pode-se aplicar a retroatividade benigna contemplada no art. 106, II do Código Tributário Nacional, dando-se efeitos retroativos à revogação perpetrada pelo art. 36, IV, da Lei nº 9.249/95, para que a revogação venha atingir a norma punitiva na sua origem, exatamente no ponto da alteração efetuada pela Lei 9064/95. Como consequência, no ano de 1995 a receita omitida seria tributada com apuração do lucro presumido adotando-se os mesmos percentuais vigentes para tributação das

demais receitas declaradas, em homenagem ao conceito de lucro e respeito ao princípio da isonomia. Porém, por impedimento legal, não cabe a este Colegiado inovar no lançamento, tornando inevitável o cancelamento da exigência como um todo."

Diante do exposto, acato a decisão proferida pela e. Câmara Superior e proponho o cancelamento da exigência a título de IRPJ, relativa ao ano-calendário de 1995.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Do lançamento original permanece ainda a exigência em relação à omissão de receitas do ano-calendário de 1995. A recorrente alega que o cálculo da contribuição social está incorreta, pois foi utilizada a totalidade das receitas omitidas como base tributável.

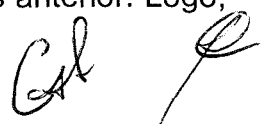
Não procedem os argumentos da contribuinte, pois da receita omitida constatada pela autoridade autuante e registrada no auto de infração, foi utilizada como base de cálculo, tão somente a alíquota de 10%, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95.

Dessa forma, deve ser mantida exigência em relação à contribuição social.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS

Tem razão a recorrente quanto alega que segundo o comando do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 07/70, a base de cálculo da contribuição é o faturamento do sexto mês anterior.

Com efeito, nos termos da jurisprudência mansa e pacífica deste Colegiado, o lançamento de PIS com fundamento na Lei Complementar 7/70 impõe que se observe, em matéria de base de cálculo, a regra inserta em seu artigo 6º, § único, que determina ser este o faturamento verificado no sexto mês anterior. Logo,



como no presente lançamento esta diretriz não foi observada, não há como o lançamento prevalecer.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

Como visto acima, o IRPJ sobre o lucro presumido, lançado de ofício em relação ao ano-calendário de 1995, não merece prosperar por caracterizar evidente penalização.

Da mesma forma ocorre com o Imposto de Renda na Fonte, cujo enquadramento legal deu-se no art. 44, da Lei nº 8.541/92, *verbis*:

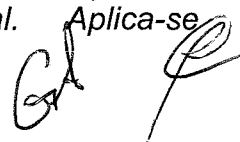
Art. 44. A receita omitida ou a diferença verificada na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento que implique redução indevida do lucro líquido será considerada automaticamente recebida pelos sócios acionistas ou titular da empresa individual e tributada exclusivamente na fonte à alíquota de 25%, sem prejuízo da incidência do imposto sobre a renda da pessoa jurídica.

§ 1º. O fato gerador do imposto de renda na fonte considera-se ocorrido no dia da omissão ou da redução indevida.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica a deduções indevidas que, por sua natureza, não autorizem presunção de transferência de recursos do patrimônio da pessoa jurídica para o dos seus sócios."

Nesse sentido cabe citar o Acórdão nº 101-93.840, de 22/05/2002, relator o então Presidente desta Primeira Câmara, Dr. Édison Pereira Rodrigues, cuja ementa tem a seguinte redação:

"IRRF – ART. 44 DA LEI Nº 8.541/92 – APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA REVOGADORA DE PENALIDADE – ALÍQUOTA EXPUNGIDA DO ACRÉSCIMO DE NATUREZA PENAL – Revela caráter de penalidade a tributação, prevista no art. 44 da Lei nº 8.541/92, incidente sobre o lucro indevidamente reduzido e presumido distribuído ao sócio da pessoa jurídica tributada com base no lucro real. Aplica-se



retroativamente o art. 36, inciso IV, da Lei nº 9.249/95, que a revogou. Em consequência, tratando-se de ato não definitivamente julgado, deve ser afastada a aplicação do dispositivo revogado, expungindo-se a alíquota daquilo que constitui acréscimo penal. No ano-calendário 1993, a inexistência de previsão legal para a incidência do IRRF sobre a regular distribuição de lucros aos sócios (art. 75 in fine da Lei nº 8.383/91) faz com que a tributação prevista no art. 44 da Lei nº 8.541/92 (aplicação da alíquota de 25% sobre 100% da receita omitida) se constitua integralmente em acréscimo penal, devendo ser cancelada.”

Conforme exposto na apreciação da matéria relativa ao IRPJ e, tendo em conta que o enquadramento legal fundamenta-se também na Lei nº 8.541/92, posteriormente alterada pela Lei nº 9.064/95, e a seguir revogada, trata-se também de aplicação de penalidade por intermédio de tributo, devendo também ser cancelada a exigência.

COFINS

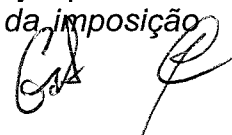
Ao lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, incidente sobre a receita, decorrentes do lançamento principal, aplica-se o decidido naquele, por terem suporte fático em comum, inexistentes aspectos específicos, de fato ou de direito, a serem apreciados.

JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC

Relativamente aos juros de mora lançados no auto de infração, correspondem àqueles previstos na legislação de regência. Senão vejamos:

O artigo 161 do Código Tributário Nacional prevê:

“Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição



das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.” (grifei)

No caso em tela, os juros moratórios foram lançados com base no disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigo 61, parágrafo 3º da Lei nº 9.430/96, conforme demonstrativo anexo ao auto de infração.

Assim, não houve desobediência ao CTN, pois o mesmo estabelece que os juros de mora serão cobrados à taxa de 1% ao mês no caso de a lei não estabelecer forma diferente, o que veio a ocorrer a partir de janeiro de 1995, quando a legislação que trata da matéria determinou a cobrança com base na taxa SELIC.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, quanto ao mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da exigência as parcelas relativas ao IRPJ, e ao IRFONTE, bem como o cancelamento do lançamento da contribuição para o PIS.

Sala das Sessões, DF, em 14 de abril de 2004

PAULO ROBERTO CORTEZ

