

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.001011/00-65
Recurso nº : 129.467
Matéria : IRPJ - EXS.: 1995 e 1996
Recorrente : MULTIPLIC S/A
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO/SP
Sessão de : 19 DE JUNHO DE 2002
Acórdão nº : 105-13.810

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - O direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário pelo lançamento extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos a contar da data da entrega da declaração de rendimentos.

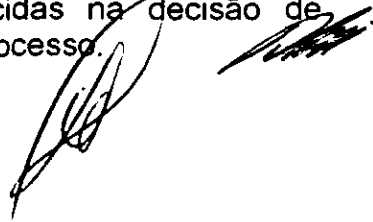
NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Art. 142, caput, e parágrafo único, do CTN).

MEDIDA JUDICIAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LANÇAMENTO - NULIDADE - O lançamento, por ter o condão de constituir o crédito tributário, efetuado em consonância com o art. 142, do CTN, e com art. 10 do Decreto nº 70.235/72 não está inquinado de nulidade, ainda que suspensa por medida judicial a sua exigibilidade, eis que não vedada a sua formalização, mormente quando a matéria objeto da lide não se confunde com aquela tratada no âmbito do Poder Judiciário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PERÍCIA CONTÁBIL - Insustentável o pedido de perícia contábil, de caráter genérico e sem a indicação e qualificação do seu perito, por não se coadunar às regras insculpidas no artigo 16, inciso IV, e § 1º, do Dec. nº 70.235/72.

PROCESSO ADMINISTRATIVO - BANCO CENTRAL DO BRASIL - PROVAS E ARGUMENTOS APRESENTADOS APÓS A IMPUGNAÇÃO - PRECLUSÃO. Não se conhece de provas e argumentos não apreciados em primeira instância, eis que o âmbito da discussão está delimitado ao conteúdo da petição inicial, impedindo que o órgão de julgamento de segunda instância pronuncie-se sobre novas questões não aduzidas pelo impugnante ou não conhecidas na decisão de primeiro grau, dada a imutabilidade do objeto do processo.

D



Q

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

2

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA - Somente a interposição de ação judicial em Mandado de Segurança favorecida com a medida liminar impede a incidência da multa de ofício e nos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo (Art. 63 e seu § 1º, da Lei nº 9.430/96).

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - NEGATIVA DE EFEITOS DA LEI VIGENTE - COMPETÊNCIA PARA EXAME - JUROS DE MORA - Estando o julgamento administrativo estruturado como uma atividade de controle interno dos atos praticados pela administração tributária, sob o prisma da legalidade e da legitimidade, não poderia negar os efeitos de lei vigente, pelo que estaria o Tribunal Administrativo indevidamente substituindo o legislador e usurpando a competência privativa atribuída ao Poder Judiciário.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO - Configura distribuição disfarçada de lucros a aquisição de bens de pessoa ligada por valor notoriamente superior ao de mercado, em condições de favorecimento, mormente quando não provadas as condições estritamente comutativas e no interesse da pessoa jurídica ou em que esta contrataria com terceiros.

Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MULTIPLIC S/A

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Maria Amélia Fraga Ferreira e Nilton Pêss, que acolhiam a preliminar de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1994.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - PRESIDENTE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

3


ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA - RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 JUL 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA e DANIEL SAHAGOFF. Ausentes, justificadamente os Conselheiros DENISE FONSECA RODRIGUES DE SOUZA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

Recurso nº : 129.467

Recorrente : MULTIPLIC S/A

RELATÓRIO

MULTIPLIC S/A, já qualificada nos autos, discordando do teor da Decisão proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – Sp, que manteve a exigência formalizada por meio do auto de infração de fls. 04 a 14, recorre a este Conselho de Contribuintes pretendendo seja reformada a referida decisão e cancelada a exigência fiscal.

As peças descritivas da irregularidade, encontra-se às fls. 14, folha de continuação do Auto de Infração, e fls. 16 a 25, Termo de Verificação Fiscal, comportando:

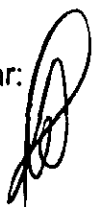
DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA.
AQUISIÇÃO DE BEM POR VALOR NOTORIAMENTE SUPERIOR
AO DE MERCADO/PESSOA LIGADA.

Glosa do valor correspondente à diferença entre o custo de aquisição de Notas do Tesouro Nacional e o valor de mercado, apropriado como custo ou prejuízo dedutível por ocasião da alienação ou baixa, por ter sido adquirido da pessoa ligada Lloyds Bank PLC, por valor notoriamente superior ao de mercado.

Os períodos-base objeto de autuação foram os meses de junho a dezembro de 1994 e o ano de 1995, com enquadramento legal nos Arts. 195, Inciso II, 432, Inciso , 434, 435 e 436, Inciso II, do RIR/94.

Cientificada do lançamento em 24/05/2000, a empresa impugnou o feito, em 23/06/2000 (data de postagem – fls. 516), trazendo como argumentos:

Em preliminar:



Que a exigência de valores relativos ao ano-base de 1994 já se encontra abrangido pela decadência, uma vez que, com a publicação das Leis nºs 8.383/91 e 8.541/92, o IRPJ e a CSSL assumiram nítida característica de tributos sujeitos a lançamento por homologação previsto no Art. 150 do Código Tributário Nacional.

Que a lavratura do Auto de Infração padece dos vícios de nulidade e ilegalidade, haja vista que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa por força de medida liminar concedida em Mandado de Segurança e por encontrar óbice no art. 62 do Decreto nº 70.235/72.

No mérito:

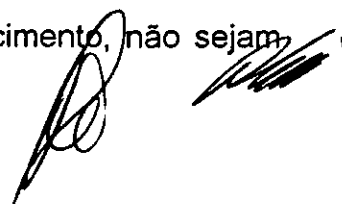
Alega que não houve distribuição disfarçada de lucros, porquanto as hipóteses elencadas pela legislação como DDL são presunções legais relativas, que admitem prova em contrário. Ou seja, se comprovado que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a empresa contrataria com terceiros, a presunção de DDL será excluída (parágrafo 3º do art. 432 do RIR/94).

Que a legislação presume DDL se o negócio for em valor notoriamente inferior ao de mercado, nada impedindo que seja efetuado por valor inferior ao de mercado. A DDL ficaria presumida na hipótese do valor ser notoriamente inferior.

Que a situação não pode ser caracterizada como DDL, pois é possível provar outras transações no mercado interno que permitiriam às autoridades fiscais identificar outros valores de mercado que não os da Resolução 550.

Que o recolhimento do IR Fonte pelo acionista controlador, Lloyds Bank PLC, comprova a inexistência de lesão ao Fisco.

Que as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada que forem caracterizadas como tendo sido efetuadas em condições de favorecimento, não sejam,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

dedutíveis na determinação do lucro real, não se há de falar em lesão ao Fisco Federal visto que a Requerente em momento algum se aproveitou de eventual prejuízo.

Que possuía prejuízos acumulados em 31/12/94 e mesmo que eventual prejuízo nas operações com NTN-D seja glosado, o montante deduzido pela Requerente não implica aproveitamento do mesmo.

Combatendo a aplicação da multa de ofício e transcrevendo o art. 63 da Lei nº 9.430/96, argumenta ser inaplicável por não se coadunar à legislação vigente, eis que a exigibilidade está suspensa pela decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança e ter o próprio Fiscal Autuante, no Termo de Verificação Fiscal, reconhecido que a lavratura do Auto de Infração destinava-se exclusivamente a constituir o crédito tributário, cuja exigibilidade estaria suspensa.

Insurge-se contra a cobrança de juros, por ser ilegal e jamais ter estado em mora, destacando que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da Taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que aquela taxa não foi criada para fins tributários, a teor da decisão do STJ nos autos do RE nº 215.881-PR.

A decisão combatida, fls. 185 a 197, está assim ementada:

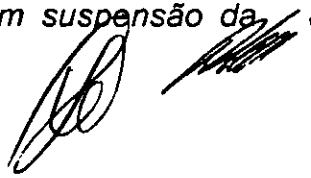
*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 1994, 1995*

Ementa: DECADÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA.

O direito de a Fazenda Nacional proceder a novo lançamento ou a lançamento suplementar decai após cinco anos, contados da notificação de lançamento primitivo, ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando ocorrer após esta data.

*MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA.
SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.*

A concessão de medida Liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário mas não impede a constituição do mesmo. Não há que se falar em suspensão da



exigibilidade, se, na data da autuação, já havia sido julgada a apelação dos autores.

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO (DDL). Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada. Somente a prova de que negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, pode excluir a presunção de distribuição disfarçada de lucros.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA.

Decorre do cumprimento à Lei, através da atividade vinculada e obrigatória do lançamento, a imputação de multa de ofício sobre créditos apurados de ofício, sendo incabível a exclusão da mesma, exceto nos casos legalmente previstos.

Efetuada a cobrança de juros de mora e multa de ofício em perfeita consonância com a legislação vigente, não há base para elidir os acréscimos legais lançados.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Cientificada da decisão em 24/08/2001 (sexta-feira), AR às fls. 608, a empresa apresentou recurso para este Colegiado, fls. 609 a 632, protocolizado em 25/09/2001, acompanhado de Carta de Fiança, fls. 633, cópias de "Consultas de Boletas" acostadas às fls. 635 a 688, cópia da Decisão da Delegacia Regional do Banco Central em São Paulo às fls. 862 a 875, cópia da Decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, fls. 861, 879 e 880, referente ao Processo Administrativo nº 9700801880 e Parecer da PFN a ele relativo, fls. 876 a 878.

O arrazoado traz como argumentos os seguintes tópicos, os quais, em síntese, estão assim dispostos:

Em preliminar:

Nulidade da autuação fiscal em face da violação ao disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235/72, que impedia a sua lavratura



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

Decadência do direito de se efetuar lançamento de quaisquer valores relativos ao período de 1994, eis que o IRPJ passou a se submeter à modalidade de lançamento por homologação, especialmente após a publicação das Leis nºs 8.383/91 e 8.541/92.

No mérito:

Reproduzindo argumentos apresentados em sua impugnação, a Recorrente traz mais os seguintes:

As operações – prática regular e usual do mercado.

Existiam, à época, três maneiras legítimas pelas quais os bancos obtinham recursos com títulos públicos: (i) acordo de recompra de títulos a preço fixo, as operações compromissadas; (ii) venda à vista de títulos; e (iii) venda à vista e compra a termo com remuneração atrelada à variação da taxa CDI (Certificado de Depósitos Interbancários). Sendo que, nesse último tipo, os títulos são vendidos à vista e, no ato da venda, o vendedor (Recorrente) se compromete a recomprar e o comprador (Lloyds Bank PLC) a revender os mesmos títulos, a um preço pré-estabelecido numa data futura previamente pactuada. Ora, se o preço e a data da compra a termo já haviam anteriormente sido fixados, tanto a compradora como a vendedora deveriam obrigatoriamente praticar aquele preço, ainda que no mercado fosse outro.

As operações, isoladamente consideradas, eram compras finais de títulos públicos. Ocorrendo, para cada operação de venda à vista, uma operação de compra a termo, diferentemente do que entendeu a fiscalização.

Os preços de venda das NTN-D praticados pela Recorrente eram aqueles divulgados na Resolução 550. Já os preços praticados na operação de recompra, na data da sua liquidação, poderiam estar acima ou abaixo dos preços de mercado, em razão de não ter elementos suficientes para prever quais seriam os preços unitários sugeridos pela Resolução, pois tratava-se de acontecimento futuro.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

A fiscalização levou em consideração apenas a segunda etapa das operações de compra, qual seja, a recompra das NTN-D por valor de mercado acrescido da variação da CDI, e entendeu que as operações seriam de compra à vista, as quais deveriam sujeitar-se aos parâmetros definidos na Resolução 550.

Esclarece que realizava a venda das NTN-D que possuía pelo valor de mercado e, desde então, já acertava o compromisso de recompra em uma data futura (compra a termo), cujo valor final seria justamente esse valor de mercado dos títulos, acrescido da variação CDI, diferença que a fiscalização entendeu como DDL.

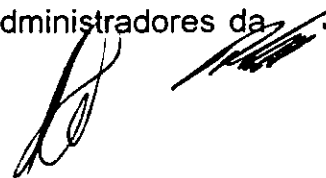
Como prova de suas afirmativas, venda à vista e compra a termo de títulos públicos, anexou cópias de "consultas de boletas" em que tal situação se evidencia, destacando que a CDI é a taxa mínima que uma instituição financeira estaria disposta a receber em uma operação compromissada.

Menciona duas operações. Uma em que remunerou o Lloyds Bank PLC por uma taxa inferior ao CDI, um ganho para a recorrente, de sorte a afastar qualquer presunção de DDL. Outra em que a variação foi equivalente à taxa CDI, evidenciando que efetuou operações usuais de mercado.

Faz notar que as operações são contratadas verbalmente, por telefone, não se tendo notícias de que não tenham sido honradas.

Que as operações eram e ainda são lícitas e amplamente praticadas por todo o mercado, porque não há na legislação bancária norma que proíba tais operações. E é princípio de direito que ao particular ou ao ente privado é dado fazer tudo o que a lei não proíba, aplicando-se também esse princípio às instituições financeiras.

Que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, ao analisar recurso de ofício interposto pelo Banco Central, que instaurou o processo nº 9700801880 para apurar eventuais irregularidades cometidas pelos administradores da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

Recorrente no decorrer do ano de 1994, em operações de venda à vista e compra a termo de títulos públicos, concluiu pela sua legalidade e validade, negando provimento ao recurso de ofício e extinguindo o processo administrativo, cuja decisão junta ao presente (fls. 861 a 875).

A multa aplicada – efeitos confiscatórios.

Afirmando que não cometeu qualquer infração que justificasse a aplicação da multa de 75%, alega que (...) *“não é justo que a Recorrente seja penalizada com tão excessiva multa, haja vista a sua evidente boa-fé na efetivação da prática regular de operações de mercado, sendo inaplicável o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.”*

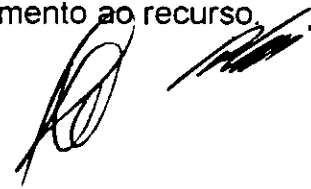
Argumenta que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçada, por mais grave que seja o ilícito, o que não é o caso. Não se justifica a fixação de uma penalidade que exproprie o sujeito passivo do seu patrimônio, a ponto de implicar confisco. Além do mais, em caso de dúvida, a interpretação deve ser feita favoravelmente ao contribuinte, conforme consagrado está no art. 112 do CTN.

Citando julgados do STF relacionados ao tema, requer, ainda que o IRPJ seja realmente devido, o cancelamento da multa.

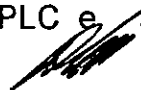
Dos Juros de Mora – inaplicabilidade da taxa referencial SELIC.

Apresentou os mesmos argumentos anteriormente dispostos em sua impugnação.

Protestando pela elaboração de prova pericial, juntada de documentos adicionais e sustentação oral perante o Colegiado, requer integral provimento ao recurso.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

Veio o processo à apreciação deste Conselho de Contribuintes instruído com a Carta de Fiança de fls. 633 em que é fiador o LLOYDS TSB BANK PLC e despacho de encaminhamento às fls. 882. 

É o relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

VOTO

Conselheiro ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA, Relator

O recurso é tempestivo e, garantida a sua apreciação pela prestação de fiança ao seu seguimento, dele conheço.

Considerando as preliminares de nulidade e decadência, levantadas pela Recorrente desde a sua petição inicial, passo a analisá-las.

A pretendida nulidade do auto de infração não encontra eco nos diplomas reguladores do instituto, eis que o procedimento fiscal atendeu norma de ordem pública contida no art. 142 da Lei nº 5.172/66, CTN, contém os elementos exigidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72, PAF, e não comporta qualquer das hipótese do art. 59 do mesmo Diploma Legal.

De pronto, e por amor à argumentação, deve-se ressaltar que jamais poderá subsistir qualquer decisão judicial, despacho, liminar ou antecipação de tutela, no sentido de impedir que a autoridade fiscal possa executar o ato de lançamento, com vistas a prevenir a decadência e resguardar o crédito tributário, haja vista a qualidade de indisponibilidade do direito de crédito da Fazenda Pública e o interesse público relevante de que ele se reveste, uma vez que o ato de lançamento é vinculado e obrigatório, à luz do que dispõe o art. 142 do CTN.

Desse modo, concluído que não só é possível, porém, muito mais, é obrigatório que a autoridade administrativa exerça a sua atividade. Deverá ela, sempre, proceder ao lançamento do crédito tributário quando constate a ocorrência do fato jurídico tributário ou de infração à lei, independentemente de já se achar o sujeito passivo sob o abrigo de medida judicial anterior ao procedimento fiscal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

Nesse sentido são as lições de James Marins, para o qual *"não só a Administração Fazendária pode como deve formalizar o crédito em discussão sob pena de decadência do direito de fazê-lo, mesmo estando em curso a ação judicial de natureza preventiva"* (Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário, p. 90).

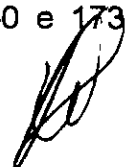
A própria Lei nº 9.430/96, em seu artigo 63, expressamente admitiu a possibilidade de que pudesse ser executado lançamento de crédito tributário mesmo na existência de ação ou medida judicial, destinado a prevenir a decadência. Na hipótese de estar o sujeito passivo sob a proteção de liminar em mandado de segurança, deverá a autoridade fiscal proceder ao lançamento com relação à obrigação principal com os acréscimos dos juros de mora, não sendo cabível a imposição da multa penal.

Diante da interpretação que a norma proporciona, é de se considerar que as disposições contidas no art. 62 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores encontram-se revogadas não podendo mais produzir quaisquer efeitos. Atentando-se para o fato de que a matéria discutida nos presentes autos processuais não se confunde com aquela levada à apreciação do Poder Judiciário. Eis que estamos a tratar de distribuição disfarçada de lucros, ao passo que a matéria objeto da liminar referida comporta a compensação de prejuízos fiscais apurados até 1994 com resultados positivos apurados a partir de 1995 e compensação de base negativa de CSSL, conforme foi amplamente demonstrado pelo Julgador *a quo*.

Além do que, conforme fez destaque aquela Autoridade, quando da autuação, já havia sido julgada a Apelação dos autores (docs. às fls. 579 a 584) e não havia suspensão de exigibilidade. Observando, também, que os autores antes da autuação, haviam interposto Recurso Especial e Extraordinário (docs. às fls. 579 a 580).

Assim, rejeito a preliminar de nulidade, por inconsistente e por falta de amparo legal.

A arguição de decadência falece ante os dispositivos legais que disciplinam a matéria, especialmente quando se observa os Arts. 150 e 173, da Lei



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

5.172/66. Muito embora tenha se reportado especificamente ao artigo 150, § 4º, do CTN, ainda assim a sua argumentação carece de respaldo. Eis que, análise mais acurada do Art. 173, Parágrafo único, do CTN, e a jurisprudência dominante nos Tribunais Administrativos nos levam a concluir que a contagem do prazo decadencial se inicia a partir da notificação do lançamento primitivo, que coincide com a data da entrega da respectiva declaração de rendimentos, conforme muito bem delineado pelo Julgador de Primeira Instância.

Pela observação dos elementos constantes dos autos, foi a declaração original relativa ao período de 1994 entregue na data de 30/05/1995 e o lançamento atacado foi concretizado em 24/05/2000. Portanto, antes do decurso do prazo que acarretaria a perda do direito da Fazenda Pública constituir o referido crédito. Motivos por que não se acolhe a preliminar.

Constante de sua petição, passarei a analisar o pedido de perícia ali formulado. De pronto, depreende-se que, à luz do dispositivo regulador do tema, art. 16, caput, c/c o seu Inciso IV e § 1º, do Decreto nº 70.235/72, requisitos ali elencados devem ser atendidos em sua totalidade, a fim de que possa a autoridade administrativa, em harmonia com todo o conteúdo dos autos processuais, sobre ele se pronunciar, deferindo ou não a pretensão.

Tal pedido não merece acolhida pelo fato de não estar em consonância com o texto legal, porquanto realizado foi em caráter genérico, sem a formalização de quesitos referentes aos exames desejados e sem a indicação e qualificação do seu perito. Além do que, entendo como prescindível à solução do litígio, eis que os elementos processuais permitem, sem qualquer nébula, a formação de juízo ao deslinde da querela. Razões que o tornam insustentável e motivam a sua negação.

No tocante ao mérito, temos em mãos a matéria descrita como Distribuição Disfarçada de Lucros em operações com Notas do Tesouro Nacional, realizadas com pessoa ligada por valor notoriamente superior ao de mercado.



Dispõe, assim, o texto legal sobre esta temática:

Art. 432 Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

(...)

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

(...)

§ 3º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 2º).

Art. 434 Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 3º, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso IV):

I - o sócio ou acionista desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;

(...)

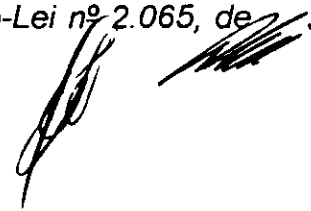
§ 1º Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 4º).

§ 2º O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 5º).

§ 3º O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 6º).

§ 4º Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 2º e 3º e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 7º).

Art. 436 Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 62, e Decreto-Lei nº 2.065, de



Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

1983, art. 20, incisos VII e VIII):

(...)

II - no caso do inciso II do art. 432 a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;

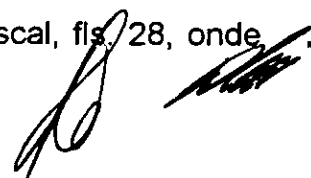
Conforme se pode observar ao exame das peças processuais, tanto de acusação quanto de defesa, o preço das NTN-D tem um patamar estabelecido pela Resolução nº 550 do Banco Central. Depreendendo-se daí que, o mercado financeiro, nas operações que lhe são próprias, deverá ter sempre em mente o norte estabelecido pelo órgão regulador. Concluindo-se ser este o valor de mercado, por atender aos mandamentos insculpidos no art. 434, do RIR/94

De acordo com as palavras do próprio querelante, sinteticamente esposadas no anterior relato, assim era o seu procedimento: que realizava a venda das NTN-D que possuía pelo valor de mercado e, desde então, já acertava o compromisso de recompra em uma data futura (compra a termo), cujo valor final seria justamente esse valor de mercado dos títulos, acrescido da variação CDI, diferença que a fiscalização entendeu como DDL, e que as operações eram contratadas verbalmente.

Em outro momento, afirma que não poderia utilizar os parâmetros dos preços unitários da Resolução 550, alegando tratar-se de operação com vencimento futuro.

Ora, ou a operação se realizara a preço incerto e não conhecido mais taxa correspondente ao CDI (Certificado de Depósito Interbancário) ou a preço certo, PU da Resolução 550 mais a taxa CDI. As afirmativas prescrevem entendimentos antagônicos, se operações finais, à vista, ou a termo.

De qualquer modo, a natureza das operações deveria ter sido delineada pela Recorrente desde o momento em que foi instada à prestar esclarecimentos acerca de tais negócios, conforme consta no terceiro Termo de Intimação Fiscal, fls. 28, onde



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

claramente consta: " 3) Demonstrativo da composição da provisão para desvalorização de títulos vinculados à operações compromissadas referentes a agosto de 1994 e respectivos lançamentos contábeis, e 4) Informar o método de avaliação do custo da carteira de NTN-D."

A alegação de que o adquirente dos títulos pagou o imposto na fonte e de que não se beneficiou do prejuízo, não descaracteriza o favorecimento nem, tampouco, satisfaz a exigência legal de que o lucro tributável deve refletir com fidedignidade o resultado sem quaisquer modificações não autorizadas. Primeiro por vedação legal e, segundo, pelo fato das perdas incorridas nas operações influírem diretamente na determinação do lucro líquido e, conseqüentemente, da base imponible.

Ao impugnar, mencionou ser possível provar outras transações no mercado interno que permitiriam às autoridades fiscais identificar outros valores de mercado que não os da Resolução 550. Entretanto, não o fez naquela oportunidade. Só agora, na fase recursal, trouxe cópias das chamadas "consultas de boletas", que, segundo diz, seriam elementos esclarecedores e capazes de demonstrar a inocorrência de DDL.

Ademais, as referidas cópias não foram objeto de apreciação pelo Julgador Monocrático, o que implica na sua não aceitação, em respeito ao duplo grau de jurisdição que orienta o processo administrativo fiscal e por estar em desacordo ao instituído pelo art. 16, do PAF, que assim dispõe:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)*

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)



Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

As hipóteses excludentes mencionadas nas letras a, b e c do § 4º acima transcrito não foram satisfeitas, tampouco foi cumprido o rito exigido pelo § 5º, a fim de que se pudesse atender ao chamamento do § 6º, do mesmo artigo 16, do PAF.

Mesmo que deles se tomasse conhecimento, apenas por amor ao debate, ainda assim não comprovariam o alegado, eis que da observação detalhada, tais documentos não oferecem a indispensável indicação da qual se possa vislumbrar haver concordância com os seus argumentos, visto que em nenhum deles há registro de terem sido originários de uma operação compromissada, ou seja, compra decorrente de uma venda anterior – recompra. Tendo-se, assim, com clareza solar, a certeza de tratar-se de operações finais.

Para que se concretizasse qualquer operação a termo necessitar-se-ia de elementos seguro de prova do perfeito casamento entre todas as operações de venda e a recompra dela decorrente, com as indicações precisas ao seu batimento, o que aqui não se confirmou, além do que, segundo informa a Recorrente, as suas operações foram contratadas verbalmente, por telefone.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

Depura-se que, de todo o conteúdo das peças, ter ocorrido exatamente o que foi descrito no Termo de Verificação Fiscal, o valor de compra superou o PU estabelecido pelo Banco Central, afluindo a transferência de recursos motivadora da exigência.

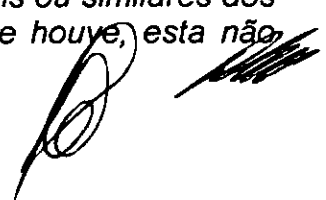
O fato alegado de que em Processo instaurado pelo Banco Central contra si, a PFN esclareceu não ter ocorrido qualquer tipo de irregularidade, aqui, também, configura-se a mesma situação em relação à anexação de documentos em momento posterior à impugnação, porquanto argumentos outros, diferentes daqueles incorporados à sua petição inicial foram aqui esposados sem que conhecesse e sobre eles pudesse a Primeira Instância se manifestar.

Entretanto, do mesmo modo que àqueles me referi, ou seja, ainda que conhecido fosse, não tem a força necessária de afastar a presunção declarada, pelo que assim me manifesto.

A Decisão recorrida, de ofício, da Delegacia Regional de São Paulo, reportou-se à operações realizadas no primeiro semestre de 1994, fls. 862, de compra definitiva de títulos públicos federais a preços unitários acima dos vigentes no mercado, da qual destaco os seguintes trechos:

A tabela constante da página seguinte indica que é possível vincularem-se as operações de compra mencionadas nas intimações a operações de venda anteriores (exceto no que tange às operações posteriores a junho de 1994), envolvendo quantidades iguais de títulos da mesma espécie. E mais, os preços de recompra correspondiam, com grande aproximação, aos preços iniciais de venda corrigidos pela variação da CDI até o dia imediatamente anterior ao da recompra. Diante disso, é perfeitamente aceitável a justificativa apresentada pela defesa. Não teria havido uma recompra deliberada de títulos a preços superiores aos vigentes no mercado, mas apenas o cumprimento de um compromisso anteriormente assumido.(grifei).
(...)

Em face do exposto, e diante da documentação trazida pela defesa, em que se demonstra a habitualidade da compra de títulos públicos federais procedida da venda de quantidades iguais ou similares dos mesmos títulos, conclui-se que, se irregularidade houve, esta não



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

*consistiu na compra de títulos a preços unitários superiores aos de mercado, visto que tal fato deveu-se à assunção de compromisso de recompra vinculado à variação da taxa CDI, mas sim no registro das operações ora enfocadas como finais e, a **comprovar-se, na inexistência de formalização dos compromissos de recompra e na exposição da instituição a riscos excessivos por extrapolação dos limites operacionais.***

Por sua vez, a tabela referida, às fls. 873, não conseguiu demonstrar a ligação entre as operações ditas como venda com compromisso de posterior recompra.

Destaque-se que, ao que indicam as peças trazidas à colação, no âmbito do Banco Central travou-se uma demanda sobre a responsabilidade de Diretores no tocante à existência de prática irregular no mercado financeiro com vistas à punibilidade. Não se confundindo, pois, com a questão tributária, ainda que daquela decorrente, eis que totalmente independentes e distintas, conforme se depreende das disposições contidas no CTN, assim definidas:

Art. 118 - A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

- I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*
- II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.*

Assim, ainda que aptos fossem a provar as alegações, os documentos (cópias) e os argumentos neles calcados não merecem acolhida pelo fato de, além de não demonstrar estar o seu procedimento em perfeita consonância com o texto legal, não ser matéria constante de sua petição primeira, o que obstaculiza a produção de efeitos. Trata-se, pois, de matéria preclusa que leva ao seu não conhecimento.

Mutatis mutandis, a respeito do assunto "Antônio da Silva Cabral", no livro "Processo Administrativo Fiscal", editora Saraiva, às fls. 467, item 144, assim se manifesta:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

"1. Posição do Problema. É princípio assente em Processo que a petição inicial delimita o âmbito da discussão. No processo fiscal, o âmbito do litígio está ligado à impugnação, pois é esta que inicia o procedimento litigioso. Por conseguinte, se o impugnante não ataca determinada parte do lançamento é porque concordou com a exigência. Seu direito de impugnar, portanto, ficou precluso no tocante à parte não impugnada".

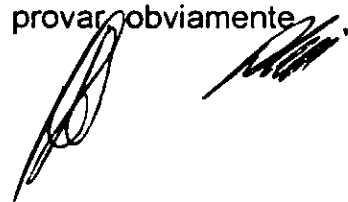
Tal entendimento não é isolado, recebendo o tema o seguinte posicionamento de Alberto Xavier em "Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário", Editora Forense 2ª edição, fls. 315:

"A garantia do duplo grau tem como corolário a necessidade de "prequestionamento", de tal modo que os órgãos de julgamento de segunda instância não podem pronunciar-se sobre "novas questões" não aduzidas pelo impugnante ou não conhecidas na decisão de primeira instância, dada a imutabilidade do objeto do processo"

É de concluir, pois, o fato de ser matéria não levantada e, conseqüentemente, não discutida em primeira instância, implica em sua preclusão, eis que não faz parte do objeto de discussão trazido pela decisão combatida. Neste sentido, decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao prolatar a decisão contida no Acórdão nº CSRF/01-0.875.

Ainda em relação à matéria central, tem-se como ponto de destaque na legislação o paradigma a ser observado quando das operações realizadas com pessoas ligadas, o fato do seu valor estar notoriamente superior ao de mercado, do que não mais se tem dúvidas. O que nos leva a observar o mandamento anteriormente transcrito em relação ao seguinte aspecto não satisfeito pelo querelante, ou seja, a prova capaz de excluir a presunção legal de DDL. A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

A ausência deste elemento é significativo. Dispôs o termo da lei, na relação de negócios entre pessoas ligadas, caber à pessoa jurídica provar obviamente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.001011/00-65

Acórdão nº : 105-13.810

com documentação hábil e idônea, que a operação foi realizada no seu interesse e não de outrem. Que a operação foi realizada em condições estritamente comutativas, isto é, em condições de permuta, troca. Tampouco houve provado que em operações com terceiros adotou a mesma postura de procedimentos.

Se como alega, as operações o foram em condições estritamente comutativas, qual seria, então, o elemento de troca?

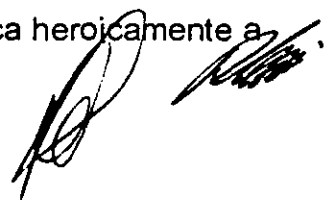
Assim, não há por prosperar a argumentação de defesa por não corresponder à expectativa legal de prova em contrário àquela presunção legal estampada nos autos processuais.

No que diz respeito à inclusão da multa de ofício no quantum expresso no lançamento, inicialmente há de ser observado como foi executado aquele ato, se existente alguma ação judicial relacionada à matéria levantada pela fiscalização e, se positivo, se anterior ou posteriormente à medida judicial juntamente com o tipo da medida interposta, à luz do que dispõe o art. 151, VI, do CTN.

Sobre esta específica questão, a aplicação da multa de ofício, a Lei nº 9.430/96, em seu art. 63, determina que não seja aplicada aquela penalidade nos casos em que, no momento da formalização do crédito pelo lançamento, a contribuinte se encontre amparada por liminar concedida em Mandado de Segurança pertinente à matéria.

No presente caso, quando do lançamento, a recorrente não estava sob resguardo de tal instituto jurídico, sendo, portanto, cabível a aplicação da penalidade de ofício, além de que a sua introdução é decorrente de lei, eis que capitulada está no art. 44, Inciso I, da Lei 9.430/96, o que faz cair por terra o argumento voltado à temática de efeito confiscatório erigido em decorrência da imposição da penalidade

Relativamente aos juros, os argumentos têm em foco a não aplicabilidade dos dispositivos legais que instituíram a taxa SELIC. Ataca heroicamente a



prestação da obrigação com os acréscimos provocados, cuja instituição não teria sido para fins tributários e já ter sido rejeitada pelo Poder Judiciário.

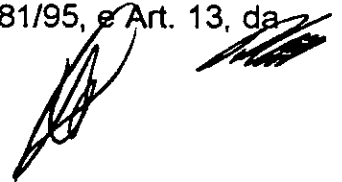
Ao seu dizer, teríamos que ignorar a lei vigente. Em sendo assim, seu arrazoado centra-se em questões de direito, situados que estão no campo das discussões sobre a constitucionalidade e legalidade dos dispositivos que embasaram a formação dos juros.

Sobre essa matéria, por reiteradas vezes, manifestou-se o Conselho de contribuintes, justamente negando a admissibilidade de argumentos que sobre ela tratem, eis que a autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a constitucionalidade e legalidade de leis e o contencioso administrativo não é o foro próprio para discussões dessa natureza, haja vista que a apreciação e a decisão de questões que versarem sobre a constitucionalidade e legalidade dos atos legais é de competência privativa do Poder Judiciário. A exemplo disso, transcrevo Ementa integrante do Acórdão nº 106-10.694, em Sessão de 26.02.99:

"INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.383/91 – A autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis e o contencioso administrativo não é o foro próprio para discussões dessa natureza, haja vista que a apreciação e a decisão de questões que versarem sobre inconstitucionalidade dos atos legais é de competência do Supremo Tribunal Federal."

Neste diapasão, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, o qual, em seu artigo 4º, parágrafo único, determina aos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, que afastem a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, desde que declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao que sabemos, a utilização da Taxa SELIC no procedimento de ofício está amparada pela legislação tributária, Art. 84, Inciso I, da Lei nº 8.981/95, e Art. 13, da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 16327.001011/00-65
Acórdão nº : 105-13.810

Lei nº 9.065/95, em pleno vigor. Estando assim o procedimento guerreado na conformidade do Art. 101, § 1º, do CTN.

O entendimento aqui esposado aplica-se integralmente à questão levantada sobre a utilização da taxa SELIC na composição dos juros exigidos. Não havendo qualquer possibilidade de que se possa ignorar a existência de normas legais que versam sobre o tema, as quais impõem ao Agente do Fisco e ao Julgador Administrativo apenas a sua fiel observação e cumprimento.

E, como é cediço, em matéria de direito administrativo, presumem-se constitucionais todas as normas emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo, eis que em sede administrativa somente é dado a apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade após a consagração pelo Poder Judiciário (art. 97, 102, I "a" e III "b" da CF/88).

Não tendo conhecimento de que, até o momento, as normas que determinam a aplicação da Taxa SELIC aos créditos tributários tenham sido reconhecidas como inconstitucionais pelo Poder competente, perfeita é a sua aplicação, razão suficiente para serem reconhecidas como válidas e produtoras de efeitos.

Isto posto, tais argumentos serão mantidos à margem da questão central pelo fato de não direcionados ao órgão próprio ao seu deslinde.

Assim, por todo o exposto e tudo mais que do processo consta, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas, de nulidade e decadência, para, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões – DF, em 19 de junho de 2.002.

ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA

