



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

| | |
|--------------------|---|
| Processo nº | 16327.001971/2006-28 |
| Recurso nº | Embargos |
| Acórdão nº | 1802-001.367 – 2ª Turma Especial |
| Sessão de | 12 de setembro de 2012 |
| Matéria | Embargos de Declaração |
| Embargante | J. P. MORGAN S/A DISTRIB. DE VALORES E TÍTULOS MOBILIÁRIOS (denominação anterior: CHASE MANHATTAN S/A - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS). |
| Interessado | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO.
INOCORRÊNCIA. PARTE DISPOSITIVA. ERRO MATERIAL.

Acolhem-se, em parte, os embargos para corrigir o erro material na parte dispositiva do acórdão embargado e, no mais, ratificar o que nele restara decidido.

No acórdão embargado, na parte dispositiva:

I - Onde se lê: “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, (...)"

II - Leia-se: “Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, (...)"

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, ACOLHER EM PARTE os embargos, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Catilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

A contribuinte, inconformada com o decidido no Acórdão nº. 1802-000.931, de 29/06/2011, opôs os presentes Embargos de Declaração de fls. 542/548 com fundamento no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº. 256/2009.

O acórdão embargado tem a seguinte ementa:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

LUCRO REAL. INDEDUTIBILIDADE DA DESPESA DE CSLL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE. CONCOMITÂNCIA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº 1).

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, mesmo na hipótese de crédito tributário sub judice.

INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO INTEGRAL. JUROS DE MORA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral (Súmula CARF nº 5).

Recurso Voluntário Negado

(...)

A embargante tomou ciência do acórdão recorrido em 20/10/2011 (fl. 554).

Os embargos foram protocolizados em 25/10/2011 (fls. 542/548), portanto, dentro do prazo de 05 (cinco) dias fixado no § 1º do artigo 65 do RICARF.

A embargante interpôs os embargos, invocando o art. 65 do RICARF (Portaria MF nº 256/2009), cujo *caput* do citado dispositivo legal transcrevo:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

A contribuinte aduziu nas razões dos embargos apresentados, a seguinte fundamentação (fls.542/548), *in verbis*:

(...)

II - DAS RAZÕES DE DIREITO

II.1 - Omissão quanto ao mérito - valoração das provas

10. Da análise do acórdão ora embargado, verifica-se que não houve apreciação pela Turma Julgadora acerca dos equívocos do lançamento no que tange à correta apuração da base de cálculo do crédito tributário em exigência.

11. Isso porque, as provas carreadas aos autos, que fazem total juízo de valor da realidade constante dos livros e documentos contábeis da Embargante, foram desconsideradas pelo v. acórdão exclusivamente em razão da não apresentação aos autos do Livro Razão e Diário, que, frise-se desde já, sempre estiveram à plena disposição da Fiscalização.

12. Mera expectativa ou presunção de que as planilhas (provas) acostadas aos autos pela Embargante estariam incorretas deveriam ser verificadas na origem pela fiscalização ou em determinação de diligência, em respeito ao princípio da verdade

material. Não se pode partir da premissa de que o documento é inválido.

13. Correto, no caso concreto, seria a conversão do julgamento em diligência para se verificar se a planilha de cálculo está de acordo com os registros contábeis. Esse, inclusive, foi o entendimento do voto vencido proferido pelo Ilmo. Conselheiro Marco Antônio Nunes Castilho, que restou vencido. Deve-se prevalecer, sempre, a valoração das provas trazidas aos autos.

15. Frise-se que os documentos acostados aos autos pela Embargante (demonstração do Lucro Real) representam praticamente cópia da composição do que consta do LALUR. Não é um demonstrativo que não contenha a real veracidade das informações. Partir dessa premissa é desconsiderar a boa-fé processual, pior ainda, quando em prejuízo ao contribuinte.

16. Portanto, em razão da mera presunção de ilegitimidade das provas juntadas aos autos (planilha de cálculos de demonstrativo do Lucro Real), verifica-se que, com a devida vénia, o acórdão embargado foi omisso ao não analisar a questão do excesso na constituição do crédito tributário, que constitui o item II.2 do recurso voluntário interposto.

17. Nessa esteira, a Embargante desde já requer seja suprida essa omissão (...)

II.2 -Contradição quanto à alteração do lançamento

O lançamento foi efetuado com exigibilidade suspensa tão somente para prevenir a decadência, nos termos do art. 63 da Lei 9.430/96, conforme consta expressamente na "descrição dos fatos" contida no auto de infração.

No decorrer do processo administrativo, a Embargante verificou que haveria divergência entre o valor depositado judicialmente e o valor do crédito tributário objeto do lançamento.

Por essa razão, no recurso voluntário apresentado, a Embargante, por iniciativa própria, e demonstrando boa-fé na condução do processo, comprovou que houve excesso na constituição do crédito tributário em razão de um equívoco na apuração da base de cálculo do imposto.

Ocorre que, sem que os fundamentos aduzidos pela Embargante no recurso, no que tange ao excesso na constituição do crédito tributário, fossem apreciados (em razão da suposta insuficiência das provas), o v. acórdão alterou o lançamento em prejuízo do direito da Embargante, para entender que não haveria causa suspensiva da exigibilidade do crédito.

Prova desse fato são os trechos do próprio acórdão embargado nos quais o Relator destaca que houve um equívoco da Fiscalização que, ao promover o lançamento em 2006, entendeu

que a exigibilidade estava suspensa em razão do depósito integral, realizado em 2002:

"Entretanto, laborou em equívoco a fiscalização, pois o crédito tributário do ano-calendário 2001, quando do lançamento fiscal, já não estava com sua exigibilidade suspensa, nem por medida judicial, nem por depósito do montante integral"

"Na verdade, quando do inicio do procedimento de fiscalização em 14/11/2006, o crédito tributário não estava suspenso, seja por medida judicial, seja por depósito do montante integral "(grifos)

23. Ora, ao CARF somente cabe julgar se o lançamento está correto ou não, jamais poderia alterá-lo para 'salvar' o auto de infração. Tal procedimento violaria por completo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Esse fato se agrava no caso concreto, em que todas as provas acostadas aos autos para demonstrar o excesso na constituição do crédito tributário deixaram de ser apreciadas pelo v. acórdão.

Nesse contexto, considerando que o Auto de Infração foi lavrado com exigibilidade suspensa, requer a Embargante seja esclarecida a contradição no que tange ao "agravamento" do lançamento pelo v. acórdão, uma vez que o CARF não tem competência para alterar o teor do lançamento, cabendo-lhe apenas julgar se o lançamento é procedente ou não.

II.3 - Questão incidental no curso do processo

26. Há de se destacar que a questão relativa à omissão quanto à valoração das provas somente foi trazida aos autos em razão de uma questão incidental que ocorreu no curso do processo, qual seja: alteração do lançamento.

27. De fato, se não fossem a boa-fé e iniciativa da própria Embargante, quando da apresentação do Recurso Voluntário, teriam sido mantidas as premissas iniciais do auto de infração, lavrado com exigibilidade suspensa.

28. Porém, para demonstrar a divergência entre o valor lançado e o valor depositado judicialmente, bem como o excesso na constituição do crédito tributário, a Embargante juntou no recurso voluntário as planilhas de cálculos que comprovam o equívoco da Fiscalização na apuração da base de cálculo do imposto.

29. Ocorre que o acórdão embargado, além de utilizar-se da informação trazida pelo contribuinte quanto ao suposto depósito a menor para alterar o lançamento, ainda desconsiderou as planilhas juntadas pela Embargante que comprovam o excesso na constituição do crédito tributário.

30. Assim sendo, partindo da remota hipótese de que o acórdão poderia "agravar" o lançamento, as provas juntadas pela

Embargante aos autos (planilhas de cálculos) deveriam ao menos ser valoradas, verificando-se, junto à origem, se as informações ali contidas condizem com a realidade fiscal e contábil da Embargante.

III. ERRO MATERIAL

31. Consta do dispositivo final do acórdão proferido pela 2ª Turma Especial da 1ª Seção da CARF que, por unanimidade de votos, os membros do colegiado decidiram em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Marco Antônio Nunes Castilho, que optava pela conversão do julgamento em diligência.

32. Todavia, note-se que o resultado do julgamento não foi por unanimidade, mas sim por maioria de votos, uma vez que o conselheiro Marco Antônio Nunes Castilho votou pela conversão do julgamento em diligência. Consequentemente, deverá ser alterado o teor decisório do acórdão.

Por fim, com base nessas razões, a embargante pediu provimento dos embargos de declaração para que sejam sanadas as omissões e contradições acima apontadas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelsinho Kichel, Relator

Os Embargos de Declaração foram protocolizados tempestivamente. Portanto, deles conheço.

Conforme relatado, a embargante, nas razões dos embargos, alegou, em síntese, que o acórdão embargado:

- a) padece de alguns vícios de omissão e contradição, sobretudo no que tange à questão dos valores que compõem o crédito tributário objeto do auto de infração;
- b) apresenta erro material na parte dispositiva.

VÍCIOS DE OMISSÃO E DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA.

Diversamente do alegado pela embargante, não restou configurado vício algum de omissão ou contradição no acórdão embargado.

Na verdade, a embargante pretende, em sede de embargos, rediscutir o mérito da lide, o que é vedado na via estreita dos embargos.

Em relação às alegações da embargante, passo a enfrentá-las.

I - Valoração das Provas. Inexistência de Omissão:

A embargante alegou a existência de omissão no acórdão embargado, argumentando:

- a) que não houve apreciação pelo acórdão embargado acerca dos equívocos do lançamento de ofício no que tange à correta apuração da base de cálculo do crédito tributário objeto dos autos;
- b) que as planilhas de cálculos de fls. 344/347 foram desconsideradas pela decisão embargada, por estarem desacompanhadas dos livros contábeis e fiscais e respectivos documentos de suporte;
- c) que a mera presunção de que as planilhas de cálculo apresentadas não seriam provas hábeis e idôneas, pois desacompanhadas da escrituração contábil/fiscal e dos respectivos documentos de suporte, viola o princípio da verdade material; que, por conseguinte, caberia a conversão do julgamento em diligência.

Incabível as alegações da embargante, conforme será demonstrado a seguir.

No caso, a embargante pretende obstar, objetar, ao lançamento fiscal fato impeditivo, modificativo ou extintivo do fato constitutivo do direito do fisco.

Ora, é cediço que cabe ao sujeito passivo o ônus da prova, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fisco.

A propósito, transcrevo o disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil Brasileiro, subsidiariamente aplicado ao processo administrativo fiscal, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I- (...)

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Ainda quanto ao ônus da prova do sujeito passivo, o Decreto nº 70.235/72 (arts. 15 e 16) dispõe quanto ao momento de apresentação das provas, *in verbis*:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

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 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

Nos presentes autos, em momento algum a contribuinte desencumbiu-se do seu ônus probatório quanto a suas alegações de que houve excesso na constituição do crédito tributário via auto de infração.

Senão vejamos:

Na instância *a quo*, nas razões da impugnação a contribuinte sequer tratou da matéria de fato (base de cálculo do IRPJ), objetando, em suma, apenas duplicidade de processo para exigência do mesmo crédito tributário (processo judicial e administrativo) e rechaçando, por fim, a imposição e exigência de juros de mora, conforme consta do relatório da decisão de 1^a instância (fl. 284):

(...)

A contribuinte apresentou a impugnação de fls.162/175, protocolizada em 23/01/2007 e acompanhada dos documentos defls.176/276, expondo, em síntese, que:

1. O presente lançamento não merece prosperar uma vez que, em razão da existência de depósito judicial vinculado ao Mandado de Segurança distribuído sob o nº 98.00534210 e do auto de infração ora impugnado, existem dois processos aptos a satisfazer o mesmo crédito tributário.

1.1. Tendo a impugnante realizado o depósito judicial do IRPJ e posteriormente declarado tal procedimento em sua DCTF, foi devidamente constituído o crédito tributário.

1.2. O crédito tributário em questão deve ser cancelado, pois padece do vício de duplicidade.

2. Estando o crédito tributário objeto do auto de infração com sua exigibilidade suspensa, não poderia ter sido aplicada à impugnante qualquer juros de mora. Nenhum comportamento foi descumprido, sendo descabido exigir qualquer espécie de penalidade, seja punitiva, seja moratória.

3. A impugnante protesta por todos os meios de prova em direito admitidos.

(...)

Enfrentando o mérito dessas razões aduzidas pela contribuinte, a decisão de 1ª instância de julgamento manteve o lançamento fiscal, cuja ementa transcrevo (fl. 337), *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

Ano calendário: 2001

Ementa: CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE.
LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, mesmo na hipótese de crédito tributário sub judice.

JUROS DE MORA. CABIMENTO.

A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios, calculados até a data do efetivo pagamento, seja qual for o motivo determinante da falta.

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS.

O Decreto nº 70.235/72 determina que a recorrente deve mencionar, em sua impugnação, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Assim, ausentes os requisitos previstos no art. 16 do diploma legal, não deve ser acolhido o protesto genérico pela produção posterior de provas.

Lançamento Procedente

(...)

Ainda, quanto à oportunidade da lavratura do auto de infração para prevenir a decadência, consta do voto condutor da decisão de 1ª instância de julgamento (fl. 419), *in verbis*:

(...)

Assim sendo, mesmo em face da existência de medida judicial suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, é plenamente cabível sua formalização, mediante a lavratura do competente Auto de Infração, principalmente porque inexiste qualquer dispositivo legal expresso que prescreva a suspensão ou interrupção do prazo decadencial.

Esse entendimento é reforçado pelo art. 63 e seu §1º, da Lei nº 9.430/96:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. (...)

Conforme o caput do artigo acima, tem-se inconteste a possibilidade de se efetuar lançamento com o fim de se prevenir a decadência de crédito tributário.

(...)

Como demonstrado, na instância *a quo* a contribuinte nada objetou quanto à matéria de fato (base de cálculo do imposto).

Convém frisar também que, embora existindo processo judicial e administrativo atinente ao crédito tributário do IRPJ do ano-calendário 2001, não existe risco algum de cobrança ou exigência de valores em duplicidade, pois a sorte do processo administrativo é dependente do resultado final do processo judicial.

Mas, irresignada com esse *decisum* de primeira instância (DRJ/São Paulo I) que manteve o lançamento fiscal, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, passando então a questionar, na instância recursal, matéria de fato (base de cálculo do imposto),

alegando excesso de constituição do crédito tributário pelo fisco, cujas razões, em síntese, constam do relatório da decisão ora embargada (fls. 533/536).

Entretanto, as razões da contribuinte, aduzidas no Recurso Voluntário, questionando a base de cálculo do IRPJ do ano-calendário 2001 não foram acatadas pela decisão embargada, pois desprovidas, desacompanhadas de provas hábeis e indôneas, uma vez que a contribuinte juntara aos autos mera planilha de cálculo, mero demonstrativo (fls. 344/347).

A propósito, quanto à base de cálculo do imposto, consta do voto condutor do acordão embargado (fls. 539/540), *in verbis*:

(...)

VALOR DO IMPOSTO LANÇADO DE OFÍCIO. ANO-CALENDÁRIO 2001

Quanto à matéria de fato, a recorrente – na instância a quo – nada objetou.

Porém, nesta instância de julgamento, nas razões do recurso, a recorrente suscitou:

- que a fiscalização, ao adicionar a despesa da CSLL devida do período de R\$ 834.610,91 na base apuração do Lucro Real do ano-calendário 2001, apurou IRPJ a pagar no valor de R\$ 208.652,72 (alíquota de 10% + adicional de 15%).

- que, entretanto, a recorrente não teria excluído a totalidade dessa despesa da CSLL da base de cálculo do IRPJ;

- que do total da despesa da CSLL apurada de R\$ 834.610,91 (fl. 363), o valor de R\$ 213.544,387 teria sido adicionado ao Lucro Real na conta "tributos e contribuições com exigibilidade suspensa", conforme Ficha 9B Linha 17 da DIPJ de 2002, ano calendário de 2001 (fl. 153);

- que, assim, o IRPJ discutido judicialmente perfaz a quantia de R\$ 155.288,89 (alíquota de 15%, mais adicional de 10%), o qual corresponde, exatamente, ao valor objeto do depósito judicial (fl. 364);

- que, por conseguinte, teria ocorrido excesso de lançamento do IRPJ, sendo necessário a recomposição dos cálculos do IRPJ, ora em exigência.

Compulsando os autos, diversamente do alegado pela recorrente, da DIPJ 2002 (ano-calendário 2001), Ficha 09B – Demonstração do Lucro Real – Instituições Financeiras, consta, simplesmente, nas Adições – Linha 17 – Tributos e Contribuições com Exigibilidade Suspensa, o valor global de R\$ 713.270,36, sem outra especificação (fl. 153).

Nas razões do recurso, a recorrente, por sua vez, alegou que a composição do citado valor global Linha 17 seria assim constituído:

- Parte da CSLL adicionada ao Lucro Real, R\$ 213.455,37;

- Prov. Contingência COFINS MP 1807/99, R\$ 390.895,72;

- Prov. Riscos Fiscais Cofins 1807, R\$ 24.829,61;

- Prov. Contin. Pis Lei 9718, R\$ 84.089,66;

Total da linha 17 (trib. e contrib. com exigibilidade suspensa) R\$ 713.270,36.

Para comprovar tal alegação, a recorrente, simplesmente, juntou cópia de planilha – Demonstração do Lucro Real, onde consta a menção: item 2.04 Contribuição Social em discussão judicial R\$ 213.455,37 – valor indedutível adição (fls. 345/347).

Ora, mera planilha – demonstrativo de cálculo – não é prova, não é documento comprobatório.

A recorrente teria que ter juntado cópia dos Livros Razão e Diário onde pudessem estar registrados, especificados, tais lançamentos dessas parcelas que compõem a Adição – Linha 17 – Tributos e Contribuições com Exigibilidade Suspensa, no valor de R\$ 713.270,36 de que trata a DIPJ 2002, ano-calendário 2001 (fl. 153).

Por conseguinte, diversamente do alegado pela recorrente, não há ajuste a ser feito na base de cálculo do IRPJ.

(...)

A embargante, nas razões dos embargos, ainda questionou a rejeição da planilha de cálculo/demonstrativo (fls. 344/347), aduzindo que o acórdão embargado deveria ter convertido o julgamento em diligência, se tal planilha de cálculo/demonstrativo não tem valor probante, pois os livros da escrituração contábil e fiscal sempre estiveram à disposição do fisco (livros Razão, Diário, Lalur etc).

Não tem fundamento legal a pretensão da embargante, pois, como dito anteriormente, o ônus da prova, - quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fisco -, é do sujeito passivo.

Ainda, a diligência fiscal não se presta para produzir prova cujo ônus é do sujeito passivo, mormente, no caso, em que a embargante, de forma expressa nas razões dos embargos, afirma que as provas documentais constam da escrituração contábil e fiscal, com seus documentos de suporte.

Então, se a prova documental existe na escrituração contábil e fiscal, bastava à embargante trazê-la aos autos, quando da apresentação do Recurso Voluntário ou quando da apresentação dos Embargos de Declaração; porém, diversamente do alegado, a embargante, mais uma vez, não se desencumbriu do seu ônus probatório.

Como demonstrado, no caso a diligência fiscal é desnecessária, meramente protelatória, pois envolveria, meramente, análise da escrituração contábil e fiscal da autuada já realizada devidamente pelo fisco, quando do procedimento de fiscalização que culminou com a

lavratura do auto de infração objeto dos autos, cujos elementos de prova da infração imputada já constam dos autos (Decreto nº 70.235/72, art. 18).

Se isso não bastasse, a jurisprudência deste CARF, também, é pacífica, no sentido de rejeitar o pedido de diligência, quando a própria contribuinte poderia trazer, aos autos os documentos, os elementos de prova que embasariam suas alegações.

A propósito, transcrevo precedentes jurisprudenciais deste Egrégio Conselho Administrativo quanto à rejeição de diligências ou perícias desnecessárias para resolução da lide, *in verbis*:

NORMAS GERAIS DIREITO TRIBUTÁRIO. LIVRE CONVICÇÃO JULGADOR. PROVA PERICIAL.

INDEFERIMENTO. De conformidade com o artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância, na apreciação das provas, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária.

A produção de prova pericial deve ser indeferida se desnecessária e/ou protelatoria, com arrimo no § 2º, do artigo 38, da Lei nº 9.784/99, ou quando deixar de atender aos requisitos constantes no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão nº 206-01.462, sessão de 09/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência ou perícia considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 102-49.407, sessão de 06/11/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A admissibilidade de diligência ou perícia, por não se constituir em direito do autuado, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensar quando entender desnecessárias ao deslinde da questão. Ademais, tem-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível. (Acordão nº 193-00.018, sessão de 13/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE INDEFERIMENTO. Presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.(Acórdão nº 10515.978, sessão de 20/07/2006).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem.(Acórdão nº 102-48.141, de 25/01/2007).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. Deve ser indeferido pedido de diligencia quando prescindível, a teor do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão nº 201-80.294, sessão de 23/05/2007).

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador. (Acórdão nº 102-22.937, sessão de 28/03/2007).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA — A diligência ou perícia não é meio próprio para comprovação de fato que possa ser feita mediante a mera apresentação ou juntada de documentos, cuja guarda e conservação compete à contribuinte, mas sim para esclarecimento de pontos duvidosos que exijam conhecimentos especializados. Tendo a decisão devidamente apreciado o pedido formulado, motivadamente, sendo considerada prescindível, incabível a argüição de nulidade da decisão proferida. (Acórdão CC nº 107-08.709, Sessão de 17/08/2006).

DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. Descabe qualquer pedido de diligência estando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora forme sua convicção, não podendo este servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos. (Acórdão CC nº 106-17.219, Sessão de 18/12/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA. DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica para obter informações que, por integrarem a escrituração, poderiam ter sido apresentadas por iniciativa do sujeito passivo demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido. A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada os requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. Somente haverá perícia, portanto, quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame. (Acórdão CARF nº 1802-000.661, Sessão de 03/11/2010).

No caso, caberia, simplesmente, à embargante trazer aos autos os elementos de provas documentais que alegou ter, para dar suporte às suas alegações, porém não o fez.

Portanto, conforme demonstrado, diversamente do alegado pela embargante, quanto à avaliação das provas, não restou comprovada a alegada omissão do acórdão embargado.

II – Agravamento do lançamento fiscal. Inocorrência.

A embargante alegou a existência de contradição no acórdão embargado, argumentando:

a) que o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, nos termos do art. 63 da Lei 9.430/96, conforme consta expressamente na "descrição dos fatos" contida no auto de infração;

b) que no decorrer do processo administrativo, a embargante verificou que haveria divergência entre o valor depositado judicialmente e o valor do crédito tributário objeto do lançamento;

c) que, por essa razão, no recurso voluntário apresentado, buscou comprovar que houve excesso na constituição do crédito tributário em razão de um equívoco na apuração da base de cálculo do imposto;

d) que, entretanto, o v. acórdão alterou o lançamento em prejuízo do direito da embargante, para entender que não haveria causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário do ano-calendário 2001, antes do início do procedimento de fiscalização;

d) que o CARF somente cabe julgar se o lançamento está correto ou não, jamais poderia alterá-lo para 'salvar' o auto de infração. Tal procedimento violaria, por completo, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

e) que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado com exigibilidade suspensa, requer a embargante seja esclarecida a contradição no que tange ao "agravamento" do lançamento pelo v. acórdão, uma vez que o CARF não tem competência para alterar o teor do lançamento, cabendo-lhe apenas julgar se o lançamento é procedente ou não.

Diversamente do alegado pela embargante, no acordão embargado não há agravamento do lançamento fiscal e, também, não há contradição, conforme será demonstrado a seguir.

Desde o início convém frisar, consta do auto de infração do IRPJ, do qual a contribuinte tomou ciência em 22/12/2006, a seguinte motivação para o NÃO lançamento da multa de ofício (fls. 177/183), *in verbis*:

(...)

No entanto, o Contribuinte impetrou o mandado de segurança de nº 98.053421-0 na 11ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo pleiteando entre outros a dedutibilidade da despesa da CSLL na determinação do lucro real. O seu pleito foi atendido na Medida Cautelar de nº 1999.03.00.40929-1 interposto no Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Desta forma, procedemos ao recálculo e lançamento de ofício do IRPJ incidente sobre a despesa da CSLL não adicionada no lucro real, sem a multa de ofício, cuja totalidade do crédito tributário está com a exigibilidade suspensa em razão das medidas judiciais interpostas.

(...)

Entretanto, a própria contribuinte, nas razões do recurso voluntário, argumentou que o crédito tributário estava suspenso, na data de início do procedimento de fiscalização, ou seja, em **14/11/2006** (fl. 03), não por medida judicial (liminar), mas sim por depósito do seu montante integral conforme recolhimento/depósito de 28/02/2002 (fl. 364) e que, por conseguinte, não haveria motivo para o lançamento dos juros de mora.

Na verdade, o valor depositado em juízo em 28/02/2002 – como suposto montante integral do IRPJ e juros de mora do ano-calendário 2001 – perfaz a quantia de apenas **R\$ 156.841,78** (fls. 364/365) e, assim, consignado no relatório da decisão recorrida (fls. 533/536):

(...)

- *Depósitos judiciais (código de tributo 7429): período de apuração 2000, depósito em 28/12/2000 (fls. 135/136 e 148); período de apuração 2005, depósito em 31/03/2005 (fl. 259); período de apuração 2004, depósito em 27/02/2004 (fl. 260); período de apuração 2001, depósito em 28/02/2002, no valor de R\$ 156.841,78 (R\$ 155.288,89 + juros de mora R\$ 1.552,89) – fls. 364 e 365;*

(...)

Como visto, o depósito, em juízo, do principal do IRPJ do ano-calendário 2001 totaliza apenas R\$ 155.288,89.

De plano observa-se que, quanto ao ano-calendário 2001, esse valor está muito aquém do principal do IRPJ lançado pelo fisco: R\$ 208.652,72.

Por conseguinte, consta da fundamentação do voto condutor do acordão embargado (fls. 526/537), *in verbis*:

(...)

LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA AFASTAR A DECADÊNCIA

Em face de discussão em juízo quanto à legalidade ou constitucionalidade da vedação de dedução da despesa de CSLL da base de cálculo do IRPJ, a fiscalização lançou a exigência do IRPJ, ano-calendário 2001, sem multa de ofício, supondo que o crédito tributário estaria com a exigibilidade suspensa por medida judicial.

Entretanto, laborou em equívoco a fiscalização, pois o crédito tributário do ano-calendário 2001, quando do lançamento fiscal, já não estava com sua exigibilidade suspensa, nem por medida judicial, nem por depósito do montante integral.

O depósito judicial do IRPJ do ano-calendário 2001, sub judice, perfaz a quantia de R\$ 155.288,89 (alíquota de 15%, mais adicional de 10%) (fl. 364).

Entretanto o débito do IRPJ do período (valor principal), objeto do lançamento fiscal, perfaz o montante de R\$ 208.652,72.

Como demonstrado, não restou caracterizado ou demonstrado depósito judicial do montante integral.

Na verdade, quando do início do procedimento de fiscalização em 14/11/2006, o crédito tributário não estava suspenso, seja por medida judicial, seja por depósito do montante integral (fl. 03).

Por conseguinte, todos os argumentos da recorrente contra o lançamento fiscal restaram prejudicados (a recorrente defendia a tese da duplicidade de exigência; que seria despicienda a lavratura de auto de infração quando houvesse depósito do montante integral).

Prejudicada, também, destarte, a irresignação contra o lançamento do juros de mora (a recorrente alegou que, existindo depósito do montante integral, seria incabível o lançamento de juros de mora, desde a data do citado depósito do montante integral).

Ainda, apenas para argumentar, mesmo que houvesse depósito judicial do montante integral, que não é o caso, inexiste óbice legal para constituição do crédito tributário via auto de infração, para prevenir a decadência, claro sem imposição dos juros de mora, quando comprovada, previamente, a existência do depósito integral.

Não há que se falar em duplicidade de exigência, pois o crédito tributário objeto do processo administrativo, cuja lide está sendo discutida em juízo em relação à legalidade ou constitucionalidade da vedação da dedução da despesa de CSL na apuração do Lucro Real, está submetido à sorte do processo judicial. Se ao final da demanda judicial a recorrente restar vencida, os valores depositados em juízo serão levantados pela Fazenda Pública, mediante conversão do depósito em renda, e abatidos tais valores do montante de crédito tributário objeto dos presentes autos.

Enquanto não houver decisão transitada em julgado no processo judicial, o crédito tributário objeto do presente processo administrativo não se submete à ação de execução fiscal, e os valores dos depósitos judiciais serão aproveitados, integralmente, sempre que restar não configurado o depósito integral do crédito tributário, na data do depósito.

Portanto, toda a argumentação em contrário da recorrente em face do lançamento fiscal, está superada, por todos esses fundamentos expostos.

(...)

É resível, destarte, a alegação da embargante de que o acórdão embargado teria “agravado” o lançamento fiscal, pelo simples fato de ter constatado, e abordado a título de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/05/2013 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 07/05/2013 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 01/05/2013 por NELSO KICHEL

Impresso em 08/05/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

argumentação, pelos elementos constantes dos autos, que o crédito tributário, na data do início do procedimento de fiscalização, na verdade não estava suspenso por medida judicial e sequer por depósito do montante integral.

Ora, essa mera constatação, a título de argumentação, em face dos elementos constantes dos autos, de que inexiste depósito do montante integral, desde antes do início do procedimento de fiscalização, não altera, não muda, a legalidade e legitimidade do lançamento fiscal que já foi efetuado, nem agrava ou prejudica a contribuinte, pois, de qualquer forma, não é mais possível lançar ou exigir a multa de ofício que deixou de ser lançada.

No caso, simplesmente a fiscalização foi induzida a erro pela contribuinte na dispensa da multa de ofício.

O lançamento do imposto sem a respectiva multa de ofício, destarte, não configura vício algum ou prejuízo algum à defesa.

Entendimento diverso seria um despautério.

Ademais, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Portanto, não há o alegado “agravamento” do lançamento fiscal pelo acórdão recorrido e, por conseguinte, não há que se falar em contradição.

ACÓRDÃO EMBARGADO. PARTE DISPOSITIVA. ERRO MATERIAL. NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO.

Por fim, a embargante argumentou que a parte dispositiva do acórdão embargado contém erro material, pois o resultado do julgamento foi: “**NEGAR provimento ao recurso por maioria de votos**” e não: “**NEGAR provimento ao recurso, por unanimidade de votos**”.

Neste ponto, tem razão a embargante.

Compulsando a Ata de Julgamento do dia 29 de junho de 2011, consta:

(...)

Processo: 16327.001971/2006-28

Nome do Contribuinte: J. P. MORGAN S.A. - D.T.V.M.

Acórdão 1802-000.931

Decisão: Por maioria de votos, NEGARAM provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Marco Antônio Castilho, que votava pela conversão do julgamento em diligência.

Questionamento: RECURSO VOLUNTARIO

(...)

Logo, no acórdão embargado, na parte dispositiva:

I - Onde se lê: "Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Marco Antonio Nunes Castilho, que votava pela conversão do julgamento em diligência.

II - Leia-se: "Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Marco Antonio Nunes Castilho, que votava pela conversão do julgamento em diligência."

Por tudo que foi exposto, voto no sentido de ACOLHER EM PARTE os embargos de declaração para correção do erro material da parte dispositiva e, no mais, ratificar o decidido pelo acórdão embargado.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel