



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Recurso nº. : 135.901
Matéria : IRF – Ano(s): 1999 e 2000
Recorrente : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A - VASP
Recorrida : 1ª TURMA/SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 11 de agosto de 2004
Acórdão nº. : 104-20.096

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MUDANÇA DA NATUREZA - DILIGÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO SEM SUBSTITUIÇÃO DE AUDITOR-FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - Não é passível de nulidade o lançamento elaborado por servidor competente, sob o argumento de que houve mudança da natureza do Mandado de Procedimento Fiscal, alterando o procedimento fiscal de diligência para o de fiscalização, sem efetuar a substituição do Auditor-Fiscal.

DEMORA NA CHEGADA DO PROCESSO NA REPARTIÇÃO PREPARADORA - INEXISTÊNCIA DE PEÇAS DESCONHECIDAS DA AUTUADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA — Estando o auto de infração embasado apenas em documentos sobejamente conhecidos pela autuada, o eventual atraso da chegada dos autos na repartição preparadora não implica cerceamento de defesa, dada a ausência de prejuízo efetivo à autuada, principalmente, quando a defesa for apresentada muito antes de expirado o prazo fatal de apresentação.

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Se a autuada revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

PERÍCIA/DILIGÊNCIA FISCAL - A determinação de realização de diligências e/ou perícias compete à autoridade preparadora, podendo a mesma ser de ofício ou a requerimento do sujeito passivo. A sua falta não acarreta a nulidade do processo administrativo fiscal.

ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS - PROVA DOCUMENTAL - MOMENTO DA APRESENTAÇÃO - A prova documental deve ser apresentada na impugnação, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, conforme disposto no § 4º do inc. IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRFON - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - COMPETÊNCIA - Apurada infração às disposições contidas no Regulamento do Imposto de Renda, os Auditores-Fiscais da Receita Federal lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - RETENÇÃO NA FONTE - FALTA DE RECOLHIMENTO - RESPONSABILIDADE - Não se estende à beneficiária do rendimento que suportou o ônus do imposto retido na fonte o descumprimento à legislação de regência cometida pela fonte pagadora, responsável pela retenção e recolhimento aos cofres públicos do valor descontado. Desta forma, a falta de recolhimento, do imposto de renda retido na fonte, sujeitará a fonte pagadora da remuneração ao lançamento de ofício e às penalidades da lei.

DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - DIRF - VALORES INFORMADOS - INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - A DIRF elaborada pelo sujeito passivo que informa os rendimentos tributáveis pagos ou creditados, por si ou na qualidade de representante de terceiro, bem assim o respectivo Imposto de Renda Retido na Fonte, não é lançamento e não constitui crédito tributário e nem os valores nela indicados podem ser inscritos em dívida ativa por ausência de previsão legal, sendo cabível o lançamento do imposto não recolhido acompanhado da multa punitiva e demais acréscimos legais mediante ato de ofício.

TRIBUTO NÃO RECOLHIDO - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA EXIGIDA JUNTAMENTE COM O TRIBUTO - A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto sujeita o contribuinte aos encargos legais correspondentes. Válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS - O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, a partir de abril de 1995, deverá ser acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa referencial SELIC, acumulada mensalmente.

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

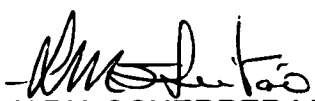


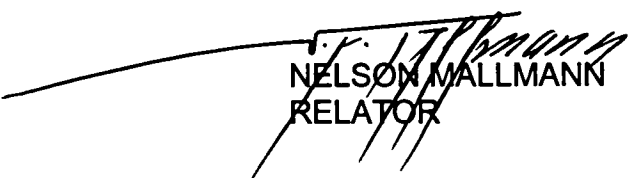
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A. - VASP.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 OUT 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PÊREIRA DO NASCIMENTO, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096
Recurso nº. : 135.901
Recorrente : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A. - VASP

RELATÓRIO

VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP, contribuinte inscrito no CNPJ sob o n.º 60.703.923/0001-31, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Praça Comandante Lineu Gomes s/nº, Bairro do Aeroporto, jurisdicionado a DRFI em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 537/547, prolatada pela Primeira Turma da DRJ em São Paulo - SP, recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 554/579.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 24/10/02, o Auto de Infração - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 465/478, com ciência em 31/10/02, exigindo-se o recolhimento de crédito tributário no valor total de R\$ 36.998.037,00 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Retido na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% (artigo 44, I, da Lei n.º 9.430/96) e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, todos calculados sobre o valor do imposto, relativo aos fatos geradores dos anos de 1999 e 2000.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde se constatou as seguintes irregularidades:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

1 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

SOBRE TRABALHO ASSALARIADO: O contribuinte não efetuou os recolhimentos do Imposto de Renda Retido na Fonte. Infração capitulada nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.532, de 1997 e artigos 620, 621, 624, 625, 626, 636, 637, 638, 641 a 646, do RIR/99 combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.887, de 1999.

2 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

SOBRE TRABALHO SEM VÍNCULO DE EMPREGO: O contribuinte não efetuou os recolhimentos do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre os pagamentos de serviços prestados por pessoas físicas sem vínculo de emprego. Infração capitulada nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.532, de 1997 e artigos 620, 628, 629, 630, 641 a 644 e 646, do RIR/99 combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.887, de 1999.

3 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

SOBRE ALUGUÉIS E ROYALTIES: O contribuinte não efetuou os recolhimentos do Imposto de Renda Retido na Fonte, incidente sobre o pagamento de aluguéis a pessoas físicas. Infração capitulada nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.532, de 1997 e artigos 620, 631, 632, 641 a 644 3 646, do RIR/99 combinado com o artigo 21 da Lei nº 9.887, de 1999.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal autuante esclarece, ainda, através do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades de fls. 462/464, entre outros, os seguintes aspectos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que em vista de divergências apresentadas no batimento do programa DIRF x DARF da Secretaria da Receita Federal, relativas às retenções efetuadas pelo contribuinte no ano calendário de 1999, e ao amparo dos procedimentos de fiscalização em andamento no contribuinte, foi o mesmo intimado em 02/02/01 e reintimado em 12/03/01 para esclarecimentos, tendo em 02/05/01 reconhecido formalmente à validade das informações prestadas na DIRF – Declaração de Imposto de Renda na Fonte do AC/99, procedimento este necessário e suficiente para liberação das DIRPF – Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física de seus funcionários, retidas em malha;

- que em vista da ampliação dos procedimentos fiscais do Programa DIRF x DARF do ano calendário de 1999 para a modalidade de fiscalização, executamos os procedimentos fiscais de batimento entre os valores declarados em DIRF e os declarados em DCTF e constatamos diferenças declaradas a menor na DCTF em todos os meses do ano calendário analisado – 1999 e 2000 e em todos os três códigos de retenção objeto do batimento – 0561 – Retenções sobre Trabalho Assalariado; 0588 – Rendimentos do Trabalho sem Vínculo Empregatício e 3208 – Aluguéis e Royalties pagos a Pessoas Físicas, o que demonstramos em planilhas individualizadas nestes códigos, intituladas “Apuração de Valores não Declarados e não Recolhidos”;

- que na auditoria das posições dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte, constantes nas posições do sistema SINAL da SRF, constatamos pequenos valores recolhidos em todos os meses do ano calendário e relativos ao código 0561 e em alguns meses relativos aos códigos 0588 e 3208, recolhimentos esses também demonstrados nas planilhas citadas e que serão considerados como pagamento de parte dos valores declarados em DCTF;

- que para a determinação das datas dos fatos geradores das diferenças apuradas e conseqüente data dos vencimentos semanais e diante da insuficiência de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

informações, adotamos os seguintes critérios: (1) – Cód. 0561 – Rendimentos do Trabalho Assalariado – Acompanhamos as datas, de fatos geradores, reconhecidas pelo contribuinte na parte declarada em DCTF, onde é demonstrado ter o fato gerador ocorrido na primeira ou segunda semana de cada mês, provavelmente no dia 5, data do pagamento do salário auferido no mês anterior e respectivo vencimento para recolhimento do tributo retido no terceiro dia útil da semana subsequente; (2) – Cód. 0588 – Rendimentos do Trabalho sem Vínculo Empregatício, e Cód. 3208 – Aluguéis e Royalties pagos a Pessoas Físicas – Verificamos na parte declarada em DCTF a ocorrência de fatos geradores em todas as semanas de cada mês. Assim, diante da insuficiência de informações e em benefício do contribuinte, adotamos como ocorrência do fato gerador o último dia útil de cada mês; relativamente ao ano de 2000, foram confrontados os valores contabilizados do IRRF com os declarados na DCTF, encontrando-se as diferenças tributáveis constantes do mapa demonstrativo em anexo;

- que considerando o reconhecimento formal pelo contribuinte, conforme carta recebida em 02/05/01, confirmando as informações prestadas na DIRF – Declaração de Imposto de Renda na Fonte do ano calendário de 1999, e que a falta de recolhimento dos valores retidos conforme legislação acima citada, configura infração aos arts. 722 e 785 do RIR/99, ao art. 78, da Lei nº 8.981, de 1995 e ao art. 69 da Lei nº 9.430, de 1996, será constituído o crédito tributário dos valores mensais não recolhidos e não declarados em DCTF.

Irresignado com o lançamento, o autuado, apresenta, tempestivamente, em 20/11/02, a sua peça impugnatória de fls. 486/518, instruída com os documentos de fls. 519/526, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja declarado improcedente o Auto de Infração com base em síntese, nos seguintes argumentos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que nos termos da legislação vigente, concede-se ao contribuinte autuado, diretamente ou por meio de seu representante legal, o direito de ter vista do processo, dentro do prazo da impugnação, ou seja, no prazo de 30 dias contados da ocorrência do feito, na repartição fiscal onde corre o processo administrativo;

- que no caso supra, além da dificuldade na localização do processo administrativo, visto que, por ocasião da ciência do auto de infração, não foi concedido o número do processo administrativo do auto de infração e, também, o flagrante cometimento pela autoridade tributária, do cerceamento do direito de defesa, pela falta de entrega à impugnante, de cópias do processo, impedindo-a de conhecer o interior teor das imputações que lhe são cometidas, implicando em nulidade do lançamento;

- que dessa forma, comprova-se a nulidade do processo administrativo fiscal, por ato praticado pela autoridade tributária, em não fornecer todos os elementos de prova que deram esteio ao auto de infração, cerceando o direito de defesa, infringindo, assim, dispositivo constitucional de "ampla defesa";

- que não bastasse isso, os desacertos cometidos pela fiscalização, é uma afronta ao princípio da legalidade e desrespeito à legislação vigente, conforme exposto a seguir;

- que ao iniciar a ação fiscal, a digna autoridade fiscal deveria, e não fez, sob pena de nulidade processual, cientificar o contribuinte sob fiscalização de que o mesmo poderia efetuar os recolhimentos dos tributos/contribuições em atraso, utilizando-se do benefício da espontaneidade, preconizada no Art. 47 da Lei nº 9.430/96, modificado pelo inciso II do Art. 70 da Lei nº 9.532, de 10/12/97;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que e também, cientificar a contribuinte de que findo o prazo de 20 dias, os débitos não pagos serão objetos de lançamentos nos termos do art. 43 e 44 da Lei nº 9.430, de 1996;

- que a omissão praticada pela autoridade fiscal, em não cientificar a contribuinte sobre a possibilidade de recolhimento de tributos declarados, nos termos do artigo 47 da Lei nº 9.430/96, modificada pelo inciso II do artigo 70 da Lei nº 9.532/97, configura vício formal, de difícil saneamento processual, acarretando, também, por conseguinte, em nulidade do processo administrativo;

- que a autoridade fiscal, ao proceder a ação fiscal, deveria ter observado o disposto na Portaria nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, emitida pelo Sr. Secretário da Receita Federal, onde "dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal";

- que dentro do âmbito da Secretaria da Receita Federal, por ser procedimento obrigatório, não observado nesse caso, todas as ações fiscalizadoras, quer na forma de diligências ou mesmo fiscalização, se não forem acompanhadas desde o início dos trabalhos fiscais dos respectivos Mandado de Procedimento Fiscal, inclusive com a ciência do sócio ou do seu preposto, estão eivados de vício formal, sendo essas passíveis de nulidade processual;

- que a agente fiscalizadora ao entregar o Auto de Infração a um funcionário descredenciado da impugnante, o Sr. Francisco Merivaldo de Oliveira, CPF nº 565.004.408-2, que exercia as funções meramente administrativa, inclusive sem procuração da empresa, notificou indevidamente e irregularmente, acarretando em nulidade processual;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que o auto de infração, como relatório desta, por ser lançamento de ofício, deve conter todos os requisitos e elementos necessários ao lançamento par, inclusive, permitir informações seguras ao autuado para que possa fazer a sua defesa. Esses requisitos são de observância obrigatória. Se ao observados, determinam a nulidade do auto de infração e de todo o processo dele decorrente. A ausência dos requisitos essenciais, resulta em nulidade insanável;

- que a constituição do crédito tributário e a aplicação da multa, sobre as supostas diferenças encontradas pela fiscalização, entre os valores declarados em DIRF em confronto com os valores declarados nas DCTFs entregues e os pagamentos no Sistema Sinal da SRF é totalmente descabida;

- que os valores declarados nas DCTFs entregues na repartição fiscal, embora não recolhidos, já é reconhecimento de confissão de dívida, visto que os valores declarados nesse documento fiscal, se não recolhidos/pagos, estão sujeitos a multa de mora de 20%, diferindo completamente do significado das palavras "valores lançados" na nota fiscal, impossibilitando assim, a constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício feito, indevidamente, pela autoridade fiscal;

- que nesse sentido as Delegacias de Julgamento e o Conselho de Contribuintes, já firmaram entendimento de que não cabe lançamento de ofício de débitos declarados em DCTF e DIRF, pois, por estarem declarados, se não pagos/recolhidos, estão sujeitos tão somente à multa de mora;

- que a Divisão de Arrecadação da Delegacia da Receita Federal encaminha à Procuradoria da Fazenda Nacional todos os débitos declarados através de DCTFs e DIRFs entregues e não recolhidos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que os débitos declarados na DCTF e DIRF, por se tratar de documento de confissão de dívida, se não pagos nos prazos previstos em legislação, fica automaticamente notificado a pagá-lo acrescido dos juros e da multa de mora, inviabilizando assim, qualquer procedimento de ofício, feito aliás indevidamente, pela autoridade fiscal;

- que sendo ilegal a cobrança de juros moratórios com base na taxa SELIC, na hipótese de ser mantida a exigência fiscal ainda que indevida e improcedente, no caso dos presentes autos, para todos efeitos de direito deve prevalecer, para o cálculo de juros moratórios, a taxa prevista no referido parágrafo 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os Membros da Primeira Turma da DRJ em São Paulo – SP conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário lançado, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o Código Tributário Nacional estipula ser o lançamento procedimento privativo da autoridade administrativa (art. 142). Tal diploma jurídico, cuja publicação remonta os idos de 1966, bem como todo o Direito Tributário, tem sofrido novas interpretações e re-análises desde então. Na atualidade, a legislação ordinária imputa ao contribuinte nos impostos da modalidade de lançamento por homologação não só a obrigação de recolher o quantum devido, mas também a de estabelecer a própria norma tributária individual e concreta, o que viabiliza a constituição do crédito tributário sem nenhuma intervenção estatal e nem de seus agentes. Esta evolução tem sido aceita tanto pela jurisprudência pátria quanto pela mais recente e abalizada doutrina nacional. Isso veio atender à nova realidade econômico-social, que exige um aparato estatal menor – portanto, menos oneroso – que deva agir apenas quando o particular se omite;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que no âmbito dos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, a constituição do crédito tributário por parte do sujeito passivo pessoa jurídica atualmente é efetivada mediante duas declarações: a DCTF e a DIPJ; bem como pelos pedidos de parcelamento e de compensação em processo administrativo. A legislação tributária, no entanto, não confere a DIRF o caráter instrumental de constituir crédito tributário;

- que a obrigação tributária não se limite à principal (levar dinheiro aos cofres públicos), há também as acessórias, que consubstanciam um vasto campo de deveres formais, dentre eles o de prestar os mais diversos tipos de informações;

- que a DIRF se insere exatamente neste contexto. A retenção na fonte do imposto de renda visa dar maior celeridade e controle da entrada de recursos nos cofres públicos. Muitas vezes tais valores são apenas antecipações, ou seja, não definitivos. Do trabalhador assalariado, por exemplo, é retido imposto de renda com base em tabela de incidência mensal. Na declaração de ajuste, realizada no ano subsequente, pode-o ter os valores parciais ou integralmente devolvidos. Isso ocorre quando a apuração anual é inferior à soma das mensais, o que é possível e até bastante comum nos casos em que o trabalhador teve em alguns meses do respectivo ano pouco ou nenhum rendimento. Outra hipótese de devolução dos recursos anteriormente retidos ocorre ao se deduzir o abatimento com dependentes, despesas médicas e com educação, pois é a declaração de ajuste anual o momento oportuno de se dar cumprimento ao princípio constitucional da personalidade, na tributação por meio de impostos, previsto no parágrafo 1º, artigo 145 da Lei Maior;

- que, assim, dentre outros usos das informações prestadas em DIRF, a principal é a de identificar, contribuinte por contribuinte, os valores a eles entregues pela fonte pagadora e o respectivo imposto;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que na sistemática do imposto de renda retido na fonte são estabelecidas, portanto, duas relações jurídicas, a que se dá entre o contribuinte e a fonte pagadora e a desta com o Poder Público. Na primeira, a fonte pagadora coloca-se como verdadeiro agente arrecadador do Estado, impondo o dever legal ao contribuinte de suportar a retenção de parte de seus recursos adquiridos. Já na segunda, a fonte se submete diante do Estado à condição de sujeito passivo tributário, não na condição de contribuinte, mas sim na de responsável;

- que nesta linha de raciocínio, a DIRF é uma declaração imposta pelo Poder Público à fonte retentora, enquanto agente arrecadador. Este deve prestar informações de quanto pagou, a quem pagou, e quanto foi retido de IR sobre o que pagou. Tal imposição, porém, não é dirigida à fonte pagadora, enquanto responsável tributário, ainda que os dois papéis sejam exercidos pela mesma pessoa. O responsável tributário deve apresentar outra declaração, esta sim a ele imposta: a DCTF. É esta a declaração que serve de instrumento formalizador do crédito tributário, e não a DIRF. Ainda que os valores das duas devam ser compatíveis entre si, as suas funções não se confundem. A DIRF discrimina por contribuinte os valores retidos, a DCTF formaliza para a empresa o dever de recolher o imposto retido. É bom deixar claro que os valores envolvidos entre estas duas declarações devem ser compatíveis e coerentes entre si, mas não necessariamente iguais;

- que o apelante apresenta diversas razões que, em sua opinião, tornariam nulo o Auto de Infração. A primeira delas diz respeito a ter sofrido cerceamento do seu direito de defesa. Pauta-se na alegação de que teria tido dificuldade na localização do processo por culpa do agente fiscal e que este também não teria entregado no momento da ciência todas as cópias do processo;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que a possibilidade de exercício do direito de defesa, porém, deve ser analisada concretamente. Há que se verificar se o contribuinte foi realmente impedido de exercer com plenitude o contraditório;

- que todas as folhas do termo de verificação foram assinadas por representante da empresa. Nelas está claramente descrita toda a acusação que, em resumo, decorreu da diferença a menor entre o que foi constituído na DCTF e o declarado na DIRF e constante nos registros contábeis, respectivamente, para os anos de 1999 e 2000. Também foram entregues ao contribuinte os demonstrativos de fls. 457 a 461 cuja ciência, ainda que inexista assinatura página por página, consta da folha 463. Mesmo que, por hipótese, considerando não ter o representante da empresa recebido cópias dos referidos papéis, estão claramente citados na folha em que o funcionário da autuada assinou. Bastaria, neste caso, o apelante tomar vistas dos autos para exercer plenamente seu direito de defesa;

- que alega, ainda, que teve dificuldade de encontrar o processo, logo dele tomar vistas. Bem, se houve tanta dificuldade assim, que limitou o seu prazo legal de 30 dias para confecção e apresentação de sua impugnação, certamente esta seria entregue no dia fatal. No entanto, não o foi. A ciência foi dada em 31/10/02, uma quinta-feira, portanto. Como o início da contagem se dá, segundo o artigo 210 do CTN e seu parágrafo único, no primeiro dia útil subsequente, o prazo começou a fluir do dia 01/11/02 e viria a se expirar no dia 30/11/02, que foi um sábado. Contudo, por força dos mesmos dispositivos legais acima citados, o termo final deve se dar em dias úteis, logo o derradeiro momento se sucedeu em 02/12/02, uma segunda-feira. A impugnação, no entanto, foi entregue à repartição competente no dia 20/11/02 (fl. 486), 12 dias antes de se expirar o prazo para impugnação. Ora, como se sustenta uma alegação de cerceamento do direito de defesa por ter tido dificuldade na vista do processo e, portanto, de ter perdido parte do prazo para impugnar, se



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

a própria parte preferiu ainda o encurtar em doze dias de um total de trinta? Certamente não há nenhuma razão nestas alegações;

- que outro ponto levantado pela suplicante refere-se a ter sido a ciência dada a funcionário que exerce meras funções administrativas desprovido de procuração da empresa. Sustenta a tese de que a ciência tanto do resultado (auto de infração), quanto de todo o procedimento fiscal desde o seu início deveria ser dada a sócio ou preposto;

- que inicialmente cumpre observar que qualquer funcionário da empresa pode receber a intimação, ainda que não tenha procuração a ele conferindo especificamente este poder. Este entendimento só por si já seria suficiente para rejeitar a tese da suplicante. Não obstante, o que mais surpreende é que a pessoa, que recebeu a ciência e expressamente é citada pelo defensor, tem procuração, cuja cópia autenticada encontra-se nos autos (fl. 21). Tal procuração é assinada pelo Diretor Presidente Walter Canhedo Azevedo e Pelo Diretor Vice-Presidente César Antonio Canhedo;

- que alegação de que a acusação fiscal não teria sido clara e nem precisa, uma vez que a apuração teria se dado de forma genérica, está umbilicalmente ligada à preliminar de cerceamento de defesa. Como já demonstramos, o termo de verificação, cuja ciência foi dada a representante da empresa, está suficientemente claro, o que possibilitaria o pleno exercício do contraditório. Não há por que repetirmos tudo o que precedentemente já discutimos. A defesa poderia ter sido exercida plenamente. Se o impugnante assim não o fez, foi porque não quis ou porque não pôde por carência de provas a seu favor;

- que ao consignar que os valores apresentados em DCTF e em DIRF não podem ser objeto de procedimento de ofício, até parece que a defesa não leu o termo de verificação entregue. Está muito claro que os valores lançados não foram aqueles apresentados em DCTF;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

- que quanto a DIRF, já expusemos no início deste voto que esta declaração não tem o condão de constituir o crédito tributário em desfavor do responsável tributário. É por essa razão que existe a DCTF;

- que para a DIRF não há disposição normativa semelhante. Tanto é assim, que o defensor reproduz vasta legislação em sua peça impugnatória para fundamentar que os valores informados em DIRF e DCTF não estariam sujeitos ao lançamento de ofício. No entanto, em nenhuma parte reproduzida há menção a DIRF, mas tão-somente a DCTF e a DIPJ;

Os valores informados em DIRF ou na contabilidade da empresa, se não pagos ou constituídos na DCTF, estão sujeitos a constituição pela autoridade administrativa, inclusive com o lançamento da multa punitiva;

- que quanto ao auto de infração estar baseado em simples presunção e esta não ser aceita pela doutrina e jurisprudência na autuação tributária, poderíamos desfraldar ampla jurisprudência e doutrina com tese contrária. Contudo, isso é absolutamente desnecessário. O auto de infração teve por fundamento a própria contabilidade da empresa e declaração (DIRF) por ela prestada e ainda ratificada por procurador devidamente constituído. O auto de infração está calcado em provas, não em presunções;

- que a cobrança dos juros com base na taxa SELIC não está sendo promovida com base em mero ato administrativo, mas sim com fulcro claro na Lei. Dessa sorte, a autoridade julgadora administrativa não tem competência para afastar a aplicação de diploma legal sob o fundamento de conflito deste com lei complementar ou com a própria



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Constituição Federal. Esta competência é privativa do Poder Judiciário. Deixo, portanto, de conhecer o recurso quanto a esta parte;

- que por derradeiro, o apelante protesta pela produção de provas para comprovar o alegado, inclusive com a execução de perícias e diligências;

- que é bem verdade que o contencioso administrativo fiscal rege-se pelo princípio da verdade material e não pela formal. Isso implica que o julgador não está limitado às provas constantes dos autos, se entender que elas são insuficientes para formar sua convicção acerca do fato jurídico tributário. Deve, nesse momento, buscar, mediante perícias e diligências, outras que houver. Tal procura, no entanto, não pode ser infinda. Limita-se pela plausibilidade de existência. Dessarte, não está o julgador obrigado a baixar diligências sempre que o apelante assim requerer. Deve se limitar à razoabilidade do pedido. Pois bem, o pleito formulado é absolutamente genérico. Não define com especificidade quais provas teria a seu favor e por qual razão não as trouxe no momento oportuno, qual seja, o da impugnação. Não há por que acata-lo.

A ementa da decisão dos Membros da Primeira Turma da DRJ em São Paulo - SP, que consubstancia os fundamentos da ação fiscal é a seguinte:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1999, 2000

Ementa: NULIDADE – não padece de nulidade, por motivo de cerceamento do direito de defesa, processo fiscal de lançamento, quando demonstrativos de apuração de valores, ainda que não assinados página por página, estiverem especificamente mencionados no termo de verificação onde se deu a ciência de representante do sujeito passivo. Também não enseja nulidade a alegação de dificuldade nas vistas aos autos, se a própria impugnação foi apresentada vários dias antes de expirado o prazo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

DIRF – como a Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte não constitui crédito tributário e nem os valores nela indicados podem ser inscritos em dívida ativa por ausência de previsão normativa, é cabível o lançamento do imposto não recolhido acompanhado da multa punitiva e demais acréscimos legais mediante ato de ofício.

JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC – não cabe ao julgador administrativo afastar a aplicação de lei ordinária por suposto confronto com lei complementar ou com a Constituição Federal. Esta competência é privativa do Poder Judiciário.

VERDADE MATERIAL – do Princípio da Verdade Material, ao qual se sujeita o contencioso administrativo fiscal, não decorre obrigação ao julgador de aceitar todo e qualquer pedido de formação probatória. O mandamento apenas anula as amarras da verdade formal, que impede a apreciação de provas que não estejam nos autos.

Lançamento Procedente.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 12/02/03 conforme Termo constante às folhas 548/551 e 590, e com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (11/03/03), o recurso voluntário de fls. 554/579, instruído pelos documentos de fls. 580/584, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

Consta às fls. 599/604 cópia da decisão judicial concedendo a segurança, confirmando a liminar, para assegurar o direito de ter processado o seu recurso administrativo, independentemente da efetivação do depósito de 30% do valor do débito ou da prestação de qualquer garantia.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Da análise dos autos do processo se verifica que em razão do reconhecimento formal pela contribuinte, conforme carta recebida em 02/05/2001, confirmando as informações prestadas nas Declarações de Imposto de Renda na Fonte – DIRF, e que a falta de recolhimento dos valores retidos e não recolhidos e não declarados em DCTF originou o lançamento ora discutido neste Colegiado.

Em sua defesa a suplicante apresenta em preliminar uma série de argumentos sobre nulidade do lançamento, tais como: que houve dificuldade de localização do processo administrativo; que não foi fornecido o número do processo administrativo relativo ao auto de infração; que a autoridade fiscal não cientificou o contribuinte que o mesmo poderia efetuar os recolhimentos dos tributos/contribuições em atraso, utilizando-se do benefício da espontaneidade; que com o advento da Portaria SRF nº 1.265, de 1999, para a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, a ação fiscal deveria seguir o disposto no MPF; e que a acusação fiscal não foi clara, não determinou com exatidão, sendo inclusive omissa e precária, o que obriga a tecer conjecturas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Quanto as preliminares de nulidade do lançamento argüidas pela suplicante, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, se faz necessário mencionar que as mesmas já foram analisadas e rechaçadas pela decisão de Primeira Instância, cujos argumentos adoto como se aqui estivessem transcritas para reforçar a minha posição quanto as preliminares argüidas.

Este relator entende que se deva rejeitar as preliminares argüidas, pelas razões abaixo expostas.

A suplicante suscita, em preliminar, que houve cerceamento no seu direito de defesa, e apresenta diversas razões que, em sua opinião, tornaria nulo o Auto de Infração.

Inicialmente serão analisadas em conjunto as seguintes preliminares: (1) – que o Auto de Infração fora assinado por um funcionário não habilitado pela empresa; (2) – que versa sobre a dificuldade na localização do processo por culpa do agente fiscal; (3) – falta de entrega, no momento da ciência todas, as cópias do processo; e (4) – não cientificou o contribuinte que findo o prazo de 20 dias os débitos não pagos serão objeto de lançamento.

Quanto as preliminares de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, com a devida vênia, não há que se falar em nulidade, porquanto todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração.

Ora, todas as folhas do Termo de Verificação foram assinadas por representante legal da empresa, cuja cópia autenticada da procuração encontra-se nos autos às fls. 21. Nelas está descrita toda a acusação de forma clara, bem como está



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

explícito que recebeu as referidas cópias, bem como a peça impugnatória foi apresentada 12 dias antes de se expirar o prazo.

Por óbvio, é desejável que em qualquer situação os contribuintes tenham permanente acesso aos autos em que são tratados assuntos de seus interesses nas repartições administrativas. Não se materializando, porém, essa situação ideal, cabe perquirir, em face de cada situação específica e às luzes dos princípios que regem o processo administrativo tributário, se a ocorrência possui o condão de acarretar algum prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

Neste caso concreto, constata-se de forma inequívoca que a suplicante tinha, desde o momento da ciência do auto de infração, conhecimento de todas as peças relevantes do processo.

Está evidente nos autos que o contador e procurador (instrumento de mandado às fls. 21), acompanhou toda a ação fiscal desde o início.

É absolutamente verdadeiro, portanto, que a ação fiscal não se reporta a nenhum documento ou peça cuja existência não fosse amplamente conhecida pelo procurador.

Se uma pessoa acompanhou o andamento da ação fiscal desde o seu início até a ciência do auto de infração; se as peças que embasam o lançamento contêm, todas elas, a ciência dessa mesma pessoa, carece de fundamento a alegação de que a defesa foi cerceada apenas pela circunstância de não ter a suplicante vista imediata dos autos.

Para que a alegação fizesse sentido, necessário seria admitir que a mera visualização física dos autos pudesse, de alguma forma, inspirar a defesa a produzir alguma



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

alegação convincente não veiculada em sua peça impugnatória. Como essa é uma hipótese descartada, é forçoso concluir que carece por inteiro de sentido prático a pretendida devolução de prazo para apresentação de defesa.

Como se sabe, o processo administrativo é regulado, dentre outros, pelos princípios da informalidade e verdade material. Assim sendo, ainda que desejável a permanência dos autos à disposição dos contribuintes para manuseio durante todo o prazo para impugnar, neste caso concreto restou evidenciado tratar-se de mera formalidade, despida de interesse prático. O fato de não ter o processo chegado imediatamente na DRF de jurisdição do contribuinte nenhum prejuízo efetivo acarretou ao suplicante. Pelo contrário, quando muito pode ser tido o descumprimento de uma formalidade não essencial e não prevista no Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação do art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993.

Ademais, tal procedimento em nada prejudicou a sua defesa, pois é cristalino nos autos que o suplicante conhecia os valores questionados no Auto de Infração.

Verifica-se, pelo exame do processo, que não ocorreram os pressupostos previstos no Processo Administrativo Fiscal, tendo sido concedido ao sujeito passivo o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização.

Dessa maneira, se revela totalmente inútil a sua alegação de nulidade, porque a apuração da infração foi feita com estrita observância das normas legais e a alegada falta de comunicação da faculdade que lhe é conferida pelo artigo 47 da Lei nº 9.430, de 1996, modificado pelo inciso II do artigo 70 da Lei nº 9.532, de 1997, não tem o condão de acarretar a nulidade do lançamento, já que, de acordo com o Processo Administrativo Fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. A impugnação demarca o início da fase litigiosa, ensejando o exercício do contraditório onde



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19

Acórdão nº. : 104-20.096

se deverá apresentar os argumentos, as alegações e os documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização.

Ademais, a Lei questionada é dirigida ao sujeito passivo, conferindo a ele um direito incondicionado. Seu exercício independe da concordância da autoridade lançadora.

Assim sendo, entendo que o procedimento fiscal realizado pelo agente do fisco, foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

Verifica-se, ainda, que o Auto de Infração identifica por nome e CPF do autuado, esclarece que foi lavrado na DFI de São Paulo - SP, cuja ciência foi pessoal, descreve as irregularidades praticadas e o seu enquadramento legal, assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal.

Além de tudo, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que quando o contribuinte revela conhecer as acusações que lhe foram impostas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa impugnação, abrangendo não só as questões preliminares como também as razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Como se vê não procede à alegação de preterição do direito de defesa, haja vista que a suplicante teve a oportunidade de oferecer todos os esclarecimentos que achasse necessário e exercer sua ampla defesa na fase do contencioso administrativo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Faz-se necessário esclarecer, que a Secretaria da Receita Federal é um órgão apolítico, destinada a prestar serviços ao Estado, na condição de Instituição e não a um Governo específico, dando conta de seus trabalhos à população em geral na forma prescrita na legislação. Neste diapasão, deve agir com imparcialidade e justiça, mas, também, com absoluto rigor, buscando e exigindo o cumprimento das normas por parte daqueles que faltam com seu dever de participação.

A suplicante argumenta também, em preliminar, que se impõe à nulidade do Auto de Infração por contrariar a Portaria SRF nº 3.007, de 2001 (sucessora da Portaria SRF nº 1.265, de 1999), que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para execução dos procedimentos relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, entendendo que o procedimento fiscal não foi conduzido nos ditames previstos na legislação de regência, sendo que dessa forma, deveria a autoridade autuante ter observado atentamente o disposto na citada Portaria, tendo, principalmente, providenciado a ordem específica para prosseguimento da ação fiscal, através do Mandado de Procedimento Fiscal, pois, somente desta forma o trabalho fiscal poderia ter sido finalizado com observância ao princípio da legalidade, que deve nortear todos os atos da Administração.

Indiscutivelmente, o Mandado De Procedimento Fiscal – MPF, disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 1999, com as alterações incluídas pela Portaria SRF nº 1.614, de 2000 e Portaria SRF nº 3.007, de 2001, é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais relativo aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Desta forma, o mandado consiste em uma ordem emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal para que seus auditores, em nome desta, executem atividades fiscais, tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Ora, com a devida vênia, neste processo, não há que se falar em nulidade, porquanto todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração.

Não é passível de nulidade o lançamento elaborado por servidor competente, sob os argumentos de ter ultrapassado o prazo de encerramento do procedimento fiscal; ou por que do novo Mandado de Procedimento Fiscal só foi dada ciência no dia da lavratura do Auto de Infração; ou porque o Mandado foi transformado de procedimento de diligência para procedimento de fiscalização sem a substituição do Auditor-Fiscal que iniciou o procedimento, haja vista o dever de ofício que o obriga a observar as normas que subordinam o exercício desse dever e que não contraria o disposto na Portaria SRF de nº 1.265, de 1999 e suas edições posteriores, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Verifica-se, pelo exame do processo, que não ocorreram os pressupostos previstos no Processo Administrativo Fiscal, tendo sido concedido ao sujeito passivo o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, na fase de instrução do processo, em resposta às intimações que recebeu, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização.

Dessa maneira, se revela totalmente improfícua sua alegação de nulidade, porque a apuração da infração foi feita com estrita observância das normas legais e a Portaria SRF nº 1.265, de 1999 (e portarias posteriores), é norma interna da SRF que não acarreta a nulidade levantada pelo suplicante.

Assim sendo, entendo que o procedimento fiscal realizado pelo agente do fisco foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

Verifica-se, ainda, que o Auto de Infração às fls. 462/478, identifica por nome e CPF o autuado, esclarece que foi lavrado na DFI São Paulo - SP, cuja ciência foi dado no próprio Auto de Infração por pessoa legalmente habilitada e descreve as irregularidades praticadas e o seu enquadramento legal, assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal, cumprindo o disposto no art. 142 do CTN, ou seja, o ato é próprio do agente administrativo investido no cargo de Auditor-Fiscal.

Assim, não há como pretender a premissa de nulidade do auto de infração, na forma proposta pela recorrente, neste processo, já que o mesmo preenche todos os requisitos legais necessários.

O princípio da verdade material tem por escopo, como a própria expressão indica, a busca da verdade real, verdadeira, e consagra, na realidade, a liberdade da prova, no sentido de que a Administração possa valer-se de qualquer meio de prova que a autoridade processante ou julgadora tome conhecimento, levando-as aos autos, naturalmente, e desde que, obviamente dela dê conhecimento às partes; ao mesmo tempo em que deva reconhecer ao contribuinte o direito de juntar provas ao processo até a fase de interposição do recurso voluntário.

O Decreto n.º 70.235/72, em seu artigo 9º, define o auto de infração e a notificação de lançamento como instrumentos de formalização da exigência do crédito tributário, quando afirma:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

"A exigência do crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento distinto para cada tributo."

Com nova redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93:

"A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito."

O auto de infração, bem como a notificação de lançamento por constituírem peças básicas na sistemática processual tributária, a lei estabeleceu requisitos específicos para a sua lavratura e expedição, sendo que a sua lavratura tem por fim deixar consignado a ocorrência de uma ou mais infrações à legislação tributária, seja para o fim de apuração de um crédito fiscal, seja com o objetivo de neutralizar, no todo ou em parte, os efeitos da compensação de prejuízos a que o contribuinte tenha direito, e a falta do cumprimento de forma estabelecida em lei torna inexistente o ato, sejam os atos formais ou solenes. Se houver vício na forma, o ato pode invalidar-se.

Assim, não há dúvidas que todas as autoridades fiscais estão sujeitas às regras aplicáveis ao Mandado de Procedimento Fiscal, e caso sejam descumpridas, cabe ao funcionário, autor do feito, punição administrativa. Porém, entendo que jamais provocam a nulidade do lançamento.

Antes adentrar no mérito, propriamente dito, se faz necessário ressaltar, que é notório nos textos legais, que sempre que constatarem infrações as disposições contidas no Regulamento do Imposto de Renda, os Auditores-Fiscais da Receita Federal lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal. Não há como alterar o texto legal, já que o dever de fiscalizar o imposto de renda em discussão é de competência da União. Desta forma, se a fiscalização constatar, no seu entender, alguma irregularidade no seu recolhimento ou na sua retenção, tem por obrigação legal à constituição do crédito tributário através do Auto de Infração.

No mérito em si, a pedra angular da questão fiscal trazida à apreciação desta Câmara se resume na responsabilidade da fonte pagadora no que se refere ao recolhimento do imposto de renda retido na fonte.

Inicialmente se faz necessário esclarecer que a DIRF é uma declaração imposta pelo Poder Público à fonte retentora, enquanto agente arrecadador. Este deve prestar informações de quanto pagou, a quem pagou, e quanto foi retido de IR sobre o que pagou. Tal imposição, porém, não é dirigida à fonte pagadora, enquanto responsável tributário, ainda que os dois papéis sejam exercidos pela mesma pessoa. O responsável tributário deve apresentar outra declaração, esta sim a ele imposta: a DCTF. É esta a declaração que serve de instrumento formalizador do crédito tributário, e não a DIRF. Ainda que os valores das duas devam ser compatíveis entre si, as suas funções não se confundem. A DIRF discrimina por contribuinte os valores retidos, a DCTF formaliza para a empresa o dever de recolher o imposto retido.

Assim, a DIRF elaborada pelo sujeito passivo que informa os rendimentos tributáveis pagos ou creditados, por si ou na qualidade de representante de terceiro, bem assim o respectivo Imposto de Renda Retido na Fonte não é lançamento e não constitui crédito tributário e nem os valores nela indicados podem ser inscritos em dívida ativa por ausência de previsão legal, sendo cabível o lançamento do imposto não recolhido acompanhado da multa punitiva e demais acréscimos legais mediante ato de ofício.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Quanto à execução de perícias e diligências, não há dúvidas, que o Decreto n.º 72.235, de 1972, com redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993 - Processo Administrativo Fiscal - diz:

“Art. 16 – A impugnação mencionará:

(...).

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.

§ 1º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...).

Art. 18 - A autoridade julgadora de Primeira Instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

§ 1º. Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados.”

Da mesma forma, não há dúvidas que a autoridade que proferiu a decisão tem a competência para decidir sobre o pedido de diligência, e é a própria lei que atribui à autoridade julgadora de Primeira Instância o poder discricionário para deferir ou indeferir os pedidos de diligência ou perícia, quando prescindíveis ou impossíveis, devendo o indeferimento constar da própria decisão proferida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

É de se ressaltar que o poder discricionário para indeferir pedidos de diligência e perícia não foi concedido ao agente público para que ele disponha segundo sua conveniência pessoal, mas sim para atingir a finalidade traçada pelo ordenamento do sistema, que, em última análise, consiste em fazer aflorar a verdade material com o propósito de certificar a legitimidade do lançamento.

Por força do § 1º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, acrescido pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, considera-se não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixa de atender os requisitos previstos no inciso IV do mesmo art. 16.

No caso em questão, não se enumera, de forma clara e objetiva, a questão que se pretende ver esclarecida, já que o pleito é absolutamente genérico. Não define com especificidade quais as prova que teria a seu favor, não apresenta provas de que a mesma está relacionada com o lançamento ou com o cumprimento de exigência processual e não apresenta argumentos de que a sua possível solução teria influência na decisão do litígio.

Observando o contido nos documento do presente processo, tem-se no caso que a autuada reteve imposto de renda na fonte sobre importâncias pagas a pessoas físicas a título de salários, rendimentos do trabalho sem vínculo, aluguéis e royalties e não recolheu aos cofres do Tesouro Nacional. Não há muito a discutir sobre a matéria de fato, já que se trata de falta de recolhimento de imposto de renda na fonte e os argumentos apresentados pela recorrente não atacam as irregularidades em si, fica mais nos preâmbulos da matéria de direito enfocando os aspectos preliminares e discorre sobre DIRF e DCTF, entendendo que tanto a DIRF como a DCTF caracterizam constituição de crédito tributário, que é inaplicável no caso em discussão.

Nos termos dos art. 624, 628 e 631 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, estão sujeitos à incidência do imposto



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

de renda na fonte os rendimentos do trabalho assalariado, do trabalho não-assalariado, dos aluguéis ou royalties pagos por pessoa jurídica.

Faz-se necessário esclarecer, que a responsabilidade de reter o imposto de renda na fonte incidente sobre estes rendimentos é da suplicante (fonte pagadora), e nos termos do art. 717 do referido RIR/99, não é sujeito passivo da obrigação tributária, pois não suporta o encargo financeiro do imposto, mas é apenas responsável pelo recolhimento de valores devidos por terceiros e que por disposição legal lhe cabe reter, como da mesma forma, o valor retido, e que deve ser recolhido aos cofres públicos, não representa nenhum custo ou despesa para a impugnante. O retentor nada paga, apenas entrega ao poder público o valor retido de quem efetivamente arca com o tributo, que é a pessoa física beneficiária do rendimento e que teve a remuneração reduzida em virtude da incidência na fonte do imposto de renda.

A suplicante teve várias oportunidades para provar que havia recolhido a totalidade do tributo em questão, porém nada trouxe aos autos. Por outro lado o Fisco elaborou a acusação que indicam que sobre aqueles valores retidos não houve o recolhimento do imposto de renda na fonte e nem foram declarados em DCTF.

Com base nos pressuposto acima elencados, entendo que foi dado ao recorrente o amplo direito de defesa, pois a ele cabia apresentar os elementos contraditórios lastreados de provas a seu favor e não ficar em meras alegações, muitas não condizentes com o que consta dos autos.

Uma vez que na hipótese sob exame a contribuinte não logrou infirmar, com documentação objetiva e inconteste, a acusação que lhe fora feita, a decisão recorrida manteve a autuação em sua íntegra.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

A ausência de elementos factuais que possam elidir a exigência fiscal persiste nesta fase recursal, pois a recorrente insiste em contestar os valores do lançamento sob argumentos meramente protelatórios, incapazes de dar consistência a sua pretensão de ver excluído, ou pelo menos reduzido o crédito tributário constituído, nesta parte.

Convém, ainda, ressaltar que as circunstâncias pessoais do suplicante não poderão elidir a imposição de penalidade pecuniária, conforme prevê o artigo 136, do CTN, que instituiu, no Direito Tributário, o princípio da responsabilidade objetiva, segundo a qual, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Nota-se nos autos que autoridade lançadora aplicou a multa de lançamento de ofício cobrada juntamente com o tributo, e nos termos do artigo 7º, I, § 1º do Decreto n.º 70.23/72, o primeiro ato praticado por iniciativa do fisco, formalmente cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária, exclui a espontaneidade e, conseqüentemente, cabível é a penalidade prevista no artigo 44, inciso I, da Lei n.º 9.430, de 1996. Ou seja, o Auto de Infração deverá conter entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável. Assim, A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto sujeita o contribuinte aos encargos legais correspondentes. Sendo perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 44, da Lei n.º 9.430, de 1996.

Como é sabido, a multa de mora tem natureza indenizatória, visa essencialmente recompor, ainda que parcialmente, o patrimônio do Estado pelo atraso no adimplemento da obrigação tributária e a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, é uma pena de natureza tributária.

A denominada multa "ex-officio" é aplicada, de um modo geral, quando a Fiscalização, no exercício da atividade de controle dos rendimentos sujeitos à tributação, se



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

depara com situação concreta da qual resulte falta de pagamento ou insuficiência no recolhimento do tributo devido. Vale dizer, a penalidade tem lugar quando o lançamento tributário é efetivado por haver o contribuinte deixado de cumprir a obrigação principal, e dessa omissão, voluntário ou não, resulte falta ou insuficiência no recolhimento do imposto devido.

Finalmente, é de se esclarecer que a Constituição Federal refere-se à vedação de utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV da Carta).

Como se vê a Constituição Federal de 1988, veda a utilização de tributos com efeito de confisco, o que não é o caso em pauta, já que se trata de penalidade pecuniária prevista em lei para aqueles que não cumprem a obrigação principal que é o recolhimento do tributo.

Ora, o ato ilícito (contrário à lei) é sancionável de várias formas. O ilícito penal, por exemplo, é punível com restrição à liberdade do agente criminoso (reclusão, detenção, prisão simples) ou com pena pecuniária (multa). A sanção penal expressa em multa, não é tributo. Igualmente, não constituem tributos as sanções administrativas e civis, quando o particular é condenado a entregar dinheiro ao Estado.

Enfim, a multa em questão é de natureza punitiva, ou seja, é aquela que se funda no interesse público de punir o inadimplente pela falta do recolhimento do tributo. Desta forma, correta está a exigência da multa de lançamento de ofício, com base no artigo 44, inciso, I, da Lei n.º 9.430/96.

Quanto à exclusão dos juros moratórios, também não prospera os argumentos da recorrente, pois os juros de mora são devidos desde o momento do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

vencimento da obrigação tributária até o seu respectivo pagamento, nos percentuais previstos nas normas de regência sobre o assunto.

Não vejo como se poderia acolher o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n.º 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

É meu entendimento, acompanhado pelos pares desta Quarta Câmara, que quanto à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais, os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através dos chamados controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados, na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

A ser verdadeiro que o Poder Executivo deva inaplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer a suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior, consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Desta forma, entendo que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, a partir de abril de 1995, deverá ser acrescido de juros de mora em percentual



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

equivalente à taxa referencial SELIC, acumulada mensalmente, tal qual consta do lançamento do crédito tributário.

Para ampliar e melhorar as argumentações do presente voto, não posso deixar de citar o entendimento, na matéria, do Ex-Conselheiro Roberto William Gonçalves, ex-colega desta Quarta Câmara, exposto no acórdão nº 104-18.222 de sua lavra, donde destaco alguns fundamentos:

“Quanto a SELIC, quer por sua origem, quer por sua natureza, quer por suas componentes, quer por suas finalidades específicas, todos não a coadunam com o conceito de juros moratórios a que se reporta o artigo 161 do CTN. Este Relator, em outras oportunidades, igualmente já se manifestou acerca de tais impropriedades, na mesma linha do STJ.

No caso, entretanto, há duas questões fundamentais: a primeira, trata-se de decisório sobre incidente de inconstitucionalidade em torno da aplicação da taxa SELIC para fins tributários. Matéria, portanto, ainda objeto de apreciação pelo STF, na forma do artigo 102, I, a e III, b, da Carta Constitucional de 1988.

A segunda é que, se a taxa SELIC não pode ser integrada no conceito de juros moratórios, exceto “fortiori legis”, impõe-se solucionar os dois lados da equação: se ao Estado for vedado utilizar-se da SELIC para cobrança de exações em mora, igualmente não lhe poderá ser legalmente imposta a restituição de indébitos tributários adicionados da mesma taxa SELIC, como mora. Assim, não se pode excluir a SELIC no âmbito tributário apenas na ótica do Estado credor. Sob pena de inequívoco desequilíbrio financeiro nas relações fisco/contribuinte.

Do exposto impõe-se concluir que, até que disposição legal, ou decisão judicial definitiva, reconheça das impropriedades da SELIC no contexto do artigo 161 do CTN, e deste a retire, sua permanência se torna objetiva não só para preservação do equilíbrio financeiro de créditos/débitos tributários, como em respeito à constitucional isonomia tributária, prescrita no artigo 150, II, da Carta de 1988, sejam os contribuintes credores, sejam devedores da União.”

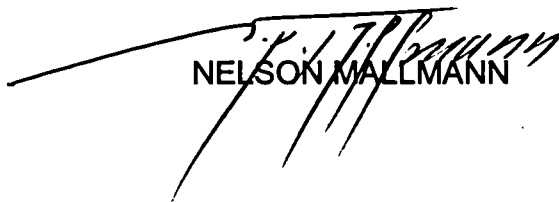


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 19515.001477/2002-19
Acórdão nº. : 104-20.096

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões – DF, em 11 de agosto de 2004


NELSON MALLMANN