



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

Processo nº 19515.002866/2006-87
Recurso nº 165.157 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.153 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2009
Matéria IRPJ e Outros
Recorrente FLOR DE MAIO S.A
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade da decisão recorrida, quando nesta são apreciadas todas as alegações contidas na peça impugnatória, sem omissão ou contradição, embora não tenha sido acatado o pedido para apresentação de prova testemunhal. Preliminar rejeitada.

OMISSÃO DE RECEITAS. PASSIVO FICTÍCIO.

A manutenção, no passivo, de obrigação cuja exigibilidade não for comprovada autoriza a presunção legal de omissão de receitas.

MATÉRIA PRECLUSA

Questão não levada a debate por ocasião da impugnação, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento. Exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

INCONSTITUCIONALIDADE

Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo. Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes.

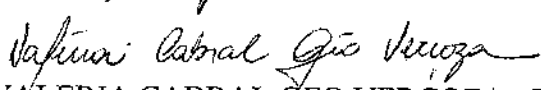
TAXA SELIC - JUROS DE MORA - PREVISÃO LEGAL

Os juros de mora são calculados pela Taxa Selic desde abril de 1995, por força da Medida Provisória nº 1.621. Cálculo fiscal em perfeita adequação com a legislação pertinente. Súmula nº 04 do 1º Conselho de Contribuintes.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.



NELSON LÓSSO FILHO - Presidente.



VALERIA CABRAL GEO VERÇOZA - Relatora.

EDITADO EM: 08 DEZ 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Nelson Lósso Filho (presidente de turma), Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada), Luciano Inocência dos Santos (suplente convocado), Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno (vice presidente de turma).

Relatório

Trata-se de autuação fiscal decorrente da apuração de omissão de receitas caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada e de contabilização a maior de despesas financeiras, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 101 a 103.

Foram lavrados ao seguintes autos de infração cuja descrição legal e enquadramento são os que seguem:

a) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica: (fls. 120 a 122)

001 – Omissão de Receitas – Passivo Fictício: omissão de receitas caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada.

Enquadramento legal: art. 24 da lei nº 9.249/95; art. 40 da Lei nº 9.430/96; arts. 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 279, 281, inciso III, e 288, do RIR/99.

002 – Glosas de despesas financeiras: despesas financeiras contabilizadas a maior, conforme Termo de Verificação Fiscal, gerando, em consequência redução indevida do lucro sujeito à tributação.

Enquadramento legal: arts. 251, e parágrafo único, 299 e §§ 1º. e 2º., e 374, inciso I, do RIR/99.

b) Contribuição para o Pis/Pasep (fls. 125 e 126)

PIS – Incidência não-cumulativa – apuração reflexa – Falta de recolhimento do PIS: omissão de receita caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada, conforme Termo de Verificação Fiscal.

Enquadramento legal: arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637/02.

c) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (fls. 129 e 130)

COFINS – OMISSÃO DE RECEITA: omissão de receita caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada, conforme Termo de Verificação Fiscal.

Enquadramento legal: arts. 2º., inciso II e parágrafo único, 3º., 10,22,51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

d) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 134 a 136)

001 - CSLL – FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL: despesas financeiras contabilizadas a maior, conforme Termo de Verificação Fiscal, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação.



Enquadramento legal: art. 2º. e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 19 da Lei nº 9.249/95; art. 1º. da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430.96; art. 6º. da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições.

002 – CSLL – OMISSÃO DE RECEITA

CSLL SOBRE RECEITAS OMITIDAS: omissão de receitas caracterizada pela manutenção, no passivo, de obrigação já paga e/ou incomprovada, conforme Termo de Verificação Fiscal.

Enquadramento legal: art. 2º. e §§, da Lei nº 7.689/88; arts. 19 e 24 da Lei nº 9.249/95; art. 1º. da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições.

O crédito tributário apurado, incluindo a multa de lançamento de ofício bem como os juros de mora calculados até 30/11/2006 é o que segue:

IRPJ	R\$9.547.439,98
PIS	R\$ 959.229,25
COFINS	R\$ 1.744.053,19
CSLL	R\$ 3.442.266,03
Total	R\$15.692.988,45

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, apesar das várias intimações para a comprovação dos valores registrados a título de financiamentos a curto prazo, exigível a longo prazo e despesas financeiras, a contribuinte limitou-se a fornecer apenas os livros fiscais sem qualquer outra documentação que embasasse os lançamentos lá efetuados. Indagada a respeito da documentação a contribuinte respondeu apenas que era impossível encontrar qualquer documento que comprovasse as despesas financeiras e os passivos incluídos na DIPJ.

Diante dos fatos não restou alternativa à fiscalização a não ser exigir de ofício o crédito tributário das infrações geradas pela glosa das despesas financeiras contabilizadas a maior e a omissão de receitas pela manutenção, no passivo, de obrigações incomprovadas.

A autuada tomou ciência do auto de infração em 15 de dezembro de 2006, apresentando sua impugnação em 16 de janeiro de 2007 (fls. 141 a 159).

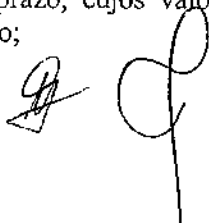
Alega a interessada, em síntese, o que segue (fls 414 e 415):

- a exigência fiscal deve ser anulada, por estar lastreada em meras e desautorizadas presunções, conjecturas e ilações, que não encontram respaldo na realidade fática, além de não ter sido precedida de análise do livro razão da empresa;

- dada a ausência da comprovação da incorreção da evolução da contabilidade da impugnante, o relatório fiscal não se apresenta com os elementos suficientes e necessários ao pleno conhecimento dos fatos, inviabilizando o exercício do contraditório e da ampla defesa;

- o livro razão cuja cópia é acostada à defesa tem o condão de comprovar a inexistência de omissão de receitas, pois cada lançamento reflete, passo a passo, a realidade financeira da impugnante, que foi deficitária no período de 2002;

- todos os lançamentos, sem exceção, estão baseados em documentos, como por exemplo, os financiamentos a longo prazo, cujos valores somam o mesmo montante da glosa procedida pela fiscalização;



- a eventual falta de apresentação de documentos à fiscalização se deve à infestação de ratos no estabelecimento destinado à guarda de documentos, objeto de inúmeras dedetizações, resultando no comprometimento de parte dos documentos por manchas e deteriorações de toda ordem;

- a única maneira de provar a presente alegação é a oitiva de testemunhas, que desde já requer seja designada, cujo rol será apresentado na oportunidade própria;

- a presente autuação está pautada em premissas equivocadas, suposições desconectadas entre si e distorção da realidade fática de modo a promover o cometimento de excessos no poder de fiscalizar;

- segundo o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de omissão de receita, para cálculo do imposto de renda, considerar-se-á como lucro líquido 50% da receita omitida (RESP 417.084-SC, RESP 383.344-PR, dentre outros);

- é inconstitucional e ilegal o alargamento das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, procedido pela Lei nº 9.718/1998, por afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional e aos artigos 195, § 4º, combinado com o artigo 154, inciso I, e ao artigo 239, todos da Constituição Federal, e pelo fato de a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, posteriormente editada, não poder validar as disposições da referida lei (menciona decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que respaldariam seu entendimento);

- a imposição de multa de 75% é excessiva e confiscatória, além de ferir o direito de propriedade e de apresentar-se em desconexão com a realidade econômica e financeira do país (alude a legislação que trata da proteção do consumidor).

Por fim, argumenta ser inconstitucional e ilegal a utilização da taxa SELIC como juros de mora, por desrespeito ao artigo 192, § 3º, da Constituição Federal e aos artigos 110 e 161, § 1º, do CTN, e cita norma que veda a capitalização dos juros.

A 3ª. Turma da DRJ/ SPO I, em 15 de agosto de 2007, por unanimidade indeferiu o pedido de diligência, rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, considerou procedente o lançamento. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2002 NULIDADE DO LANÇAMENTO.

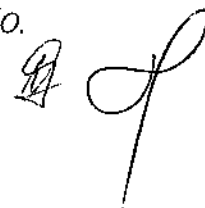
Não constatada a existência de vício de qualquer ordem que macule o lançamento, não se acolhe a preliminar suscitada.

DILIGÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHAS.

É reduzido o valor probatório da prova testemunhal no processo administrativo tributário, devendo os lançamentos contábeis estar respaldados por provas documentais.

OMISSÃO DE RECEITAS. PASSIVO FICTÍCIO. *A manutenção, no passivo, de obrigação cuja exigibilidade não for comprovada autoriza a presunção legal de omissão de receitas.*

DESPESAS FINANCEIRAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO.



Mantém-se a glosa procedida pelo Fisco se o sujeito passivo não apresenta os documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis efetuados.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

À autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

DECORRÊNCIA.

A decisão relativa ao lançamento principal se aplica, no que couber, às exigências de CSLL, PIS e COFINS, devido à estreita relação de causa e efeito existente entre eles.

Do voto condutor da decisão de 1ª. Instância pela procedência do lançamento destacamos os seguintes pontos:

a) preliminar de nulidade: não foram apontadas nenhuma das hipóteses do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. Ao contrário, o lançamento sob exame está perfeito sob o aspecto formal, uma vez presentes os elementos enumerados no artigo 10 do mesmo diploma legal.

b) suficiência da comprovação dos lançamentos pelo Livro Razão: cita a legislação que estabelece a necessidade de os lançamentos contábeis basearem-se em documentos hábeis e idôneos para que produzam os efeitos tributários que lhes são próprios.

c) oitiva de testemunhas para confirmação dos incidentes que teriam dado causa à deterioração de parte dos documentos contábeis: menciona lição de Paulo Celso B. Bonilha (in Da Prova no Processo Administrativo Tributário, Editora LTr, 1992, pág. 101), segundo a qual,

no processo administrativo tributário, por sua feição peculiar, predominam, substancialmente, a prova documental, a prova pericial e a prova indiciária, não se utilizando, senão acidentalmente, a prova testemunhal e a inspeção ocular da autoridade julgadora.

Menciona que a contribuinte não comprovou o cumprimento dos requisitos legais em caso de deterioração de documentos fiscais. Chama atenção para o fato que a contribuinte não faz qualquer esforço para recompor a documentação, tal como solicitação de cópia autenticada junto aos detentores dos créditos.

d) presunção da omissão de receitas: com relação ao montante das obrigações escrituradas no passivo cuja exigibilidade não foi comprovada, prevalece a presunção da omissão de receitas de que trata o art. 40 da Lei nº 9.430/96. A referida presunção, porém, admite prova em contrário, que deverá ser produzida pela contribuinte, em razão da inversão do ônus da prova decorrente da presunção legal.

e) prova da efetividade dos custos ou despesas: é pacífico o entendimento quanto à imprescindibilidade da prova da efetividade de custos ou despesas. Uma vez que a peça de defesa rebate a acusação fiscal sem qualquer apresentação de prova quanto à existência de obrigações registradas no passivo e à efetividade das despesas glosadas pela Fiscalização deve o procedimento fiscal ser mantido.

f) tributação da omissão de receitas: a omissão de receitas deve ser tributada de acordo com o previsto no artigo 24 da Lei nº 9.249/95, isto é, qualquer que seja o regime de

tributação, a receita omitida deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e das contribuições sociais.

g) inconstitucionalidade da exigência da multa de ofício de 75% e da aplicação da taxa SELIC: a via administrativa não é o foro adequado para a análise de questões dessa natureza pois a administração tributária se submete ao princípio da legalidade, não podendo se esquivar à aplicação da lei.

h) lançamentos de CSLL, PIS e COFINS: a eles se aplicam, no que couber, a mesma decisão proferida no que concerne ao IRPJ.

i) cobrança do PIS: a exigência de cobrança do PIS está fundamentada na Lei nº 10.637/02, não sendo pertinentes os questionamentos relativos à Lei . 9.718/98.

A autuada foi intimada da decisão de 1ª Instância em 30 de outubro de 2007, apresentando recurso voluntário em 28 de novembro de 2007.

Alega em preliminar o cerceamento de defesa pelo não acolhimento da produção da prova testemunhal. No mérito, afirma que a escrituração contida no Razão é suficiente para fornecer o demonstrativo da evolução da contabilidade passo a passo e comprovar a inexistência da omissão de receitas. Reconhece que deixaram de ser apresentados documentos à fiscalização pois o local de conservação dos referidos documentos tornou-se foco de ratos. As inúmeras dedetizações realizadas resultaram na inutilização dos documentos lá guardados, comprometidos por manchas e deteriorações de toda ordem. Renova, portanto, seu pedido de realização da prova testemunhal.

Quanto à COFINS, inova sua argumentação no sentido de que a base de cálculo utilizada para o lançamento é indevida ao incluir o ICMS incidente sobre o preço das mercadorias. Para tanto apresenta a tese encabeçada por Roque Antonio Carrazza e cita sentença da Juíza Federal Regina Helena Costa.(fls. 440 e 441) Tal argumento não foi suscitado quando da apresentação da impugnação.

Em seguida reafirma os argumentos relativos à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 que alargou a base de cálculo do PIS e da Cofins uma vez que o fato gerador ocorreu antes da entrada em vigor das Leis 10.637/02 e 10.833/03.

No que tange à imposição de multa, alega que o montante é confiscatório e fere o direito de propriedade. Alega a inconstitucionalidade por entender que o percentual de 75% fere o princípio do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva.

Quanto à taxa de juros, pugna pela aplicação do dispositivo inserto no artigo 192, § 2º. da Constituição Federal, ressalte-se, já revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003. Nega a aplicação da Taxa SELIC.

Ao final requer que o recurso seja conhecido e provido para anular ou reformar a decisão de primeira instância administrativa.

Os autos foram encaminhados ao Primeiro Conselho de Contribuintes para julgamento.

É o relatório.



Voto

Conselheira Valéria Cabral Géo Verçoza, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Em preliminar a contribuinte alega o cerceamento de defesa. O Termo de Intimação e Fiscalização juntado às fls. 09 elenca detalhadamente os valores a serem justificados pela contribuinte, o que não foi cumprido pela mesma. No Termo de Verificação Fiscal às fls. 101 a 103 também foram descritos detalhadamente os valores objeto da fiscalização e que levaram à lavratura dos autos de infração objeto do presente processo. Assim, não há como alegar cerceamento de defesa pois todas as informações foram repassadas à contribuinte que, apesar disso, não apresentou provas para combatê-las. Por fim, não há previsão no âmbito administrativo de oitiva de testemunhas, principalmente para provar fatos contábeis cuja base é a documentação hábil e idônea.

Além disso, não foram apontadas nenhuma das hipóteses do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. Ao contrário, o lançamento sob exame está perfeito sob o aspecto formal, uma vez presentes os elementos enumerados no artigo 10 do mesmo diploma legal.

No mérito, também não merecem prosperar as alegações da recorrente.

O lançamento do crédito tributário se deu em razão da falta de provas do contribuinte para desconstituir a presunção legal de omissão de receitas decorrente da manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não foi comprovada.

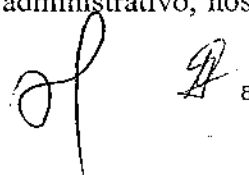
Como já ressaltado, em grau de recurso a contribuinte também não apresenta quaisquer provas materiais que possam ratificar suas justificativas. A presunção legal, porém, só pode ser desconstituída mediante provas inequívocas apresentadas pela contribuinte, uma vez que há a inversão do ônus da prova. Portanto, não há como desconstituir o crédito tributário lançado por falta de provas documentais, como pretende a recorrente.

Quanto as demais questões suscitadas, pleiteia a recorrente a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Essa matéria é nova e não foi suscitada na impugnação anteriormente apresentada. Entretanto, não há previsão legal para tal exclusão, sendo que essa tese está em discussão nos tribunais superiores.

Quanto à contestação da aplicação da Lei 10.637/02 para apuração do PIS, equivocou-se a recorrente. O fato gerador da contribuição é 31/12/2002 em decorrência da omissão de receita apurada naquele momento, data em que já se encontrava vigente a Lei 10.637/02, resultante da conversão da MP 66/02, publicada no Diário Oficial da União em 30 de agosto de 2002.

Por conseguinte, as alegações referentes à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718/98 perderam o objeto, por não aplicáveis ao caso.

Quanto à inconstitucionalidade da exigência da multa de ofício no percentual de 75% deve-se ter em mente que não é possível tal discussão em âmbito administrativo, nos



termos do que estabelece a Súmula nº 2 do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à aplicação da taxa Selic, há previsão legal para sua utilização, não havendo possibilidade de seu afastamento na esfera administrativa. As instâncias administrativas, pelo caráter vinculado de sua atuação, estão impedidas de apreciar questões relacionadas com a legalidade ou constitucionalidade de qualquer norma legal. Cumpre citar ainda a Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

Súmula 1º CC nº 4: 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.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Valéria Cabral Géo Verçoza
Valéria Cabral Géo Verçoza

