



MINISTÉRIO DA FAZENDA

LADS

Sessão de 08 de Fevereiro de 1983

ACORDÃO Nº 101-74.067

Recurso nº - 86.232 - IRPJ - EX: 1978 a 1981

Recorrente - DRAGO EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Recorrido - DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SANTO ANDRÉ - SP.

OMISSÃO DE RECEITA - Somente será igual à parcela de lucro deixada de submeter à incidência quando inexístirem também despesas que a onerem. Comprovada a existência destas, caberá o arbitramento do lucro do movimento não contabilizado ou a subtração das despesas comprovadamente realizadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DRAGO EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.:

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo as seguintes parcelas: Cr\$ 2.513,80, Cr\$ 1.785.642,00, Cr\$ 3.722.351,50 e Cr\$ 517.580,25, respectivamente nos anos-base de 1977, 1978, 1979 e 1980.

Sala das Sessões (DF), em 08 de fevereiro de 1983.

AMADOR CUTEREO FERNÁNDEZ

- PRESIDENTE E RELATOR

AGOSTINHO FLORES

- PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

VISTO EM

SESSÃO DE: 10 FEV 1983

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SYLVIO RODRIGUES, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, CARLOS ALBERTO GONÇALVES MENEZES, AGOSTINHO SERRANO FILHO, FERNANDO CÍCERO VELLOSO, RAUL PIMENTEL e MANOEL ALVES ARRUDA FILHO (Suplente).



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 0805/050.351/82.34

RECURSO Nº: - 86.232
ACÓRDÃO Nº: - 101-74.067
RECORRENTE Nº: - DRAGO EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

R E L A T Ó R I O

A peça básica de fls. 694 assim descreve a imputação:

"No exercício das funções de Fiscal de Tributos Federal, estivemos na empresa acima qualificada, onde através da apreensão de alguns documentos contabilizados nos anos de 1978 e 1979, livros Caixa, Papeletas emitidas pela Lavanderia para cobrança do seu crédito pela prestação de serviços, cópias dos extratos bancários e dos cheques utilizados pelo Motel para pagamento das obrigações cujos comprovantes foram apreendidos pela fiscalização, elementos estes todos documentados por termo, balancetes do período de 1977 a 1978. Diversos balancetes mensais do ano de 1979, foi constatada a existência de receitas extra contábeis no valor a seguir discriminados e demonstrados nos quadros e mapas a nexos:

Ano-Base de 1977 - exercício de 1978

Receita apurada.....Cr\$ 289.993,50
Receita declarada.....Cr\$ 16.757,00
Receita Omitida.....Cr\$ 273.236,50

Ano-Base de 1978 - exercício de 1979

Receita apurada.....Cr\$ 2.743.893,00
Receita declarada.....Cr\$ 643.189,00
Receita omitida.....Cr\$ 2.100.704,00

Ano-Base de 1979 - Exercício de 1980

Receita apurada.....Cr\$ 6.573.640,00
Receita Declarada.....Cr\$ 1.255.995,00
Receita Omitida.....Cr\$ 5.317.645,00

Ano-Base de 1980 - Exercício de 1981

Receita apurada, janeiro a outubro de 1.980
Cr\$ 6.860.136,00;

Receita declarada no período acima....Cr\$...
1.506.121,00

Receita omitida neste período Cr\$ 5.354.015,00.

ENQUADRAMENTO LEGAL: Pela irregularidade acima e retro mencionado, o contribuinte infringiu aos Arts. 135, § 1º; 138 Caput e parágrafo único 139; 152; 153; 154; 155, "a"; 156, "c"; 226; 381; 386; c/c 416; 428 §§ 1º e 2º; 431; 432; 483, "c"; 485, "c"; 534, "c", b; 539, "c"; todos do RIR/75, aprovado pelo Decreto 76.186/75 Arts. 175; 157, § 1º; 165 Caput § 1º; 125 §§ 1º, 2º; 160 §§ 1º, 2º; 154; 155; 157§, 5º; 172; 173, I, III; 176; 177; 178; 179; 153; 405; 399, I; 592; 597; 616 Caput; c/c 400 §§ 1º, 5º, 6º, 7º, 645; 627; 641; 642; 174 Caput, § 1º; 644, § 2º; 645; 676; III; 678 III; 728, II, III; 733, III; todos do RIR/80 aprovado pelo decreto 85.450/80 Decreto-lei 1.780/80 Arts. 1º §§ 1º, 2º; Art. 7º, I; 8º §§ 5º, 6º, 7º, do Decreto-lei nº 1.648/78 Itens II "a", "c", "d"; da Portaria M.F. 22/79."

Essa peça básica tem a subsidiá-la o Termo de Verificação e Conclusão da Ação Fiscal de fls. 689/690, que leio (lê).

Opondo-se à exigência fiscal, com guarda do prazo legal, o autuado apresentou a impugnação de fls. 696/712, onde, segundo o resumo apresentado na decisão recorrida, alegou:

- "a) que os fiscais de tributos federais intimaram a impugnante a proceder ao recolhimento, aos cofres federais, da importância de Cr\$ 20.945.568,00, correspondente à tributação suplementar acrescida de multa e correção monetária, referentes aos exercícios de 1978 a 1981;
- b) que mencionado crédito decorreu de arbitramento do lucro referente àqueles exercícios, em virtude de entender a fiscalização ter havido omissão de receitas naquele período;
- c) que a fiscalização baseou-se em elementos colhidos de documentação que acreditou ser de propriedade da impugnante, quais sejam em livros "Caixa" e documentos outros, entendidos como "Caixa 2" e balancetes paralelos;

- d) que é nulo o Auto de Infração por inexistência em seu corpo, da exata determinação da exigência fiscal, bem como pelo fato de o Auto de Infração ter sido lavrado em outro local (Rua José Caballero, 35) e não no da empresa;
- e) que apenas alguns dos valores constantes do Diário encontram correspondência nos registros tidos como paralelos e a fiscalização não fez prova cabal de que os apontamentos apreendidos pertencem à impugnante;
- f) que a hipótese de que os documentos apreendidos pertencessem à impugnante é inadmissível, e ainda que assim fosse, o arbitramento é medida que só se justifica quando impossível a apuração do lucro real;
- g) que a própria fiscalização concluiu que o Caixa apreendido registra o movimento real da empresa, motivo suficiente para que não houvesse o arbitramento, citando para tanto o Acórdão nº 67.137 da 1ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes;
- h) que desde já requer seja desconsiderado o arbitramento levado a efeito, procedendo à tributação pelo lucro real;
- i) requer a impugnante a prorrogação de prazo para apresentação de impugnação e documentos comprobatórios das suas alegações por mais 15 dias quando traria aos autos os cálculos e demonstrativos referentes à apuração do lucro com base nos documentos apreendidos pela fiscalização;
- j) que, mesmo na hipótese de que o arbitramento fosse necessário, ainda assim seria incabível o emprego de percentuais ilegais pela fiscalização, nos termos da Portaria nº 22/79 e propõe alguns cálculos;
- k) finalmente, a impugnante pede:
 - I -apensação dos processos instaurados contra os sócios;
 - II-prorrogação do prazo de 15 dias para apresentação de cálculos e balancetes;
 - III-reforma parcial ou integral da autuação;
 - IV-nomeação de um assistente técnico, se admitida prova pericial, e
 - V - protesto pelo requerimento de novas provas."

Embora a prorrogação do prazo para impugnação fosse

se deferida pelo despacho de fls. 713-v., a autuada dele não se va leu, vez que nada aditou nem juntou aos autos o deferimento.

A autoridade julgadora a quo, ao prolatar a decisão de fls. 718/720, manteve integralmente a exigência fiscal, com os seguintes fundamentos:

"Preliminarmente, é de se ressaltar que a impugnante foi devidamente intimada (doc. de fls. 714) de que lhe foi concedida a prorrogação por mais 15 dias, conforme requerido na impugnação para a apresentação dos documentos que viriam comprovar suas alegações, e até o momento não se dignou a responder sobre aquela concessão.

Omitindo-se na apresentação de comprovantes, ficou a impugnação reduzida à discussão teórico-acadêmica do levantamento fiscal, mesmo assim analisemos alguns fatos levantados pelo contribuinte.

Com relação aos documentos apreendidos pela fiscalização, "Caixa 2", balancetes, extratos bancários e cheques nominais, que a impugnante alega não pertencerem à empresa, não merece acolhida porque conforme se verifica (doc. de fls. 37 a 674), dentro de um contexto geral, ficou comprovado que há ligação entre os documentos nominais (extratos bancários, cheques nominais, etc.) com "Caixa 2" e os balancetes apreendidos, o que contradiz a impugnação.

Por outro lado, realmente, não sendo o conhecido "Caixa 2" um livro contábil ou fiscal, formalizado em consonância com as legislações mercantil e tributária, padece ele de plena força probante, incluindo-se, porém, entre aqueles elementos de prova indiciária, que como tais, para que sejam dotados da força de prova plena, devem ser confirmadas por outros elementos. Os trabalhos da fiscalização autuante não se cingiram apenas nos elementos contidos no livro "Caixa 2" mas confirmaram aqueles assentamentos através de documentos nominais e de provas irrefutáveis, ou sejam: - extratos bancários e cheques nominais, obtidos através de terceiros em suas transações com a autuada.

Equívoco há na impugnação quando o contribuinte alega que houve arbitramento do lucro em todos os exercícios levantados, pois como se verifica no demonstrativo de apuração do Imposto de Renda (doc. de fls. 691), houve arbitramento apenas nos exercícios de 1978 e 1981, pois não havia meios para a fiscalização apurar o lucro real porque a empresa não manteve escrituração contábil regular, não fez demonstrações financeiras e apresentou suas declarações de

rendimentos, pelo lucro presumido; já nos exercícios de 1979 e 1980 a apuração foi feita pelo lucro real acrescendo-se a omissão de receita ao declarado conforme preceitua o art. 387, II do RIR/80.

O contribuinte, no caso dos autos, omitiu receitas em sua contabilidade com o objetivo de furtar-se ao pagamento do IR.

Somente através de estafante trabalho fiscal, que abrangeu inclusive elementos colhidos em outros estabelecimentos, foi possível apurar os fatos constitutivos do ilícito tributário e trazer à baila elementos que a contabilidade do faltoso ocultava de maneira inequívoca, consciente e reiterada, inclusive mediante utilização de artifícios contrários às determinações legais, depósitos de receitas omitidas e não contabilização desse movimento. Essa ocultação aliada à falta de pagamento do tributo é elemento suficiente para caracterizar, juridicamente, a sonegação fiscal e a conseqüente agravação da penalidade com a multa de 150%.

Finalmente, passo a decidir.

CONSIDERANDO ser tempestiva a impugnação;

CONSIDERANDO a autenticidade do livro "Caixa 2" da impugnante, constante do processo e que serviu de base para a apuração da receita omitida;

CONSIDERANDO que a fiscalização fez os arbitramentos dos lucros nos anos em que a empresa não tinha contabilidade e apresentou as suas declarações pelo lucro presumido, e acresceu ao lucro real as receitas omitidas nos anos em que a empresa apresentou seus registros contábeis, tudo de acordo com o RIR/75 e RIR/81;

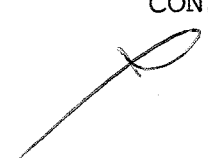
CONSIDERANDO que as receitas não contabilizadas constituem parcelas livremente disponíveis a margem de "Lucros e Perdas" da pessoa jurídica, sendo em consequência, considerados lucros distribuídos aos sócios;

CONSIDERANDO que embora concedida prorrogação de prazo por mais 15 dias, o contribuinte não apresentou fato novo e/ou provas que pudessem alterar o lançamento havido;

CONSIDERANDO que o fato de ter sido lavrado o Auto de Infração, intimação ou notificação em outro local, que não o da empresa, não torna o feito nulo ou anulável, desde que seja dado conhecimento ao interessado consoante o art. 758 inciso I do RIR/80 amparado pelo art. 60 do Decreto nº 70.235/72;

CONSIDERANDO que o procedimento adotado pelo fisco se cingiu rigorosamente às determinações legais vigentes à época de cada exercício fiscalizado;

CONSIDERANDO tudo o mais do processo consta



DECIDO conhecer da impugnação por ser tempestiva, para no mérito, INDEFERIR-LA pelas razões expostas, ratificando "in totum", os termos do Auto de Infração e seu "quantum" e determino o prosseguimento da cobrança do crédito tributário devidamente atualizado e com os juros de mora previstos em lei."

Cientificado dessa decisão e com ela não se conformando, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, o apelo de fls. 725/730, lido integralmente em sessão e cujas partes essenciais transcrevemos, in verbis:

"PRELIMINARMENTE, é nula a decisão a quo, na forma do inc. II, in fine, do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, como a seguir se demonstrará.

Em sua tempestiva impugnação, requereu a ora Recorrente a realização de perícia, tendo indicado o nome e endereço do seu perito, na forma do parágrafo único art. 17 do Regulamento do Processo Administrativo-Fiscal referido.

Não há dúvida de que se tornava necessária e até imprescindível a realização da medida solicitada para bem decidir o litígio instaurado, tendo em vista a questionada existência dos livros Caixa apreendidos pela fiscalização, cuja autenticidade poderia ser contestada.

Além disso, pleiteava-se, como se pleiteia, que se levassem também em consideração as despesas registradas nos mencionados livros, pois os fiscais autuantes, embora expressamente se referissem a elas, somente se apropriaram das receitas neles inscritas, com exclusão daquelas.

Acontece, entretanto, que o digno julgador, fazendo, data venia, ouvidos de mercador, não decidiu, ao apreciar a impugnação, o pedido de perícia formulado, acarretando, indisputavelmente, com esse proceder flagrante cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Não há dúvida, pois, de que é nula a decisão recorrida, o que expressamente requer seja declarado por essa Colenda Câmara.

Se tal não se der, o que se admite ad argumentandum tantum, também no MÉRITO, não tem condições de prosperar a exigência fiscal contestada.

Teve o auto de infração lavrado contra a Recorrente por fundamento a existência de receitas extra-contábeis, nos anos de 1978 e 1979 e de omissão de receita nos anos de 1977 e 1980, bases estes dois últimos anos, respectivamente, dos exercícios de 1978 e 1981, em que se optou pelo lucro presumido.

Tais irregularidades teriam sido apuradas em livros.

Caixa, extratos bancários, cópias de cheques, balan-
cetes, bem como comprovantes de pagamento das obriga-
ções e despesas da autuada, documentação e livros a-
preendidos pelos fiscais autuantes.

Admitindo a autenticidade dos livros Caixa apreendi-
dos pela fiscalização, como a própria decisão recor-
rida expressamente admite, e adotando-os, bem como a
documentação também apreendida, como instrumento idô-
neo de prova, não há dúvida de que não pode o Fisco
considerar, unilateralmente, apenas os elementos que
lhe convêm ao interesse, vale dizer as receitas, aban-
donando aqueles, isto é, os custos e despesas, os
quais, também documentadamente comprovados, mitiga-
riam o ônus tributário que está sendo exigido da Re-
corrente.

Convém aqui ressaltar: Além do ilustre prolator da
decisão ora recorrida, a própria fiscalização confe-
re autenticidade aos registros feitos nos livros Cai-
xa apreendidos, quando expressamente declara:

"Obtidas as Cópias dos cheques, procedemos a
uma montagem que possibilite ver claramente a
autenticidade de que o Caixa apreendido pela
fiscalização registra o movimento real" (Item 6
do Termo de Verificação e Conclusão da Ação
Fiscal - não é do original o grifo).

É evidente que esse movimento real apontado pelos dig-
nos fiscais não se restringia apenas às receitas, mas
compreendia também os custos e despesas.

É o que declaram expressamente os autuantes no men-
cionado Termo:

"O valor destes pagamentos estão (sic) igualmen-
te, como nos anos anteriores, registrado (es-
criturado) nos livros Caixa apreendidos pela
fiscalização."

E logo adiante:

"Outras obrigações também de responsabilidade da
empresa Drago-Empreendimentos Turísticos e Par-
ticipações Ltda. estão igualmente escrituradas
nos livros Caixa (Docs. fls. 655 a 663)."

Como se vê, sofreram as atividades comerciais da Re-
corrente, durante mais de sete meses, devassa profun-
da e completa, na qual não se pouparam nem suas con-
tas bancárias e os registros contábeis de seus forne-
cedores.

No final, apontou o Fisco receitas supostamente omi-
tidas, mas também despesas e custos não considerados
na escrituração da Recorrente. É o que a própria fis-
calização admite expressamente.

No entanto, abandonou as despesas e submeteu o total
das receitas ao tributo, como se tratasse de lucro

real."

.....
É evidente, ainda, que não deve ser mantida a multa de 150% aplicada à Recorrente. Assim tem decidido es se Egrégio Conselho, nos casos como o presente, em que tenha ocorrido omissão de receita:

"Na omissão de receita por falta de faturamento, sem características de artifício, simulação ou fraude, aplica-se a multa de 50%." (Ac. 65.542 da Colenda 1a. Câmara in Decisões Trib. Fiscais, pág. 33).

Não ficou provada, no caso que ora se discute, a ocorrência de qualquer intuito de fraude, condição que justificaria a severa multa imposta e mantida pela digna autoridade a quo.

Essa é a jurisprudência dessa Egrégia Corte de Justiça Administrativo-Fiscal:....

É o relatório.

V O T O

Conselheiro AMADOR OUTERELO FERNÁNDEZ, Relator:

A preliminar de cerceamento do direito de defesa não procede, eis que, além de, ao contrário do afirmado, não haver formalmente requerido a perícia e não haver explicitamente declarado o que com ela pretenderia, pois tampouco foi formulado qualquer quesito; também se observa que o fiscalizado considerou corretos os valores da receita apurados pela Fiscalização, a ponto de, com eles, elaborar o Quadro que se vê às fls. 707 dos autos. Parece que a indicação de assistente técnico estaria ligada a apuração das despesas arroladas no "Caixa Paralelo" e nos balancetes.

Na ausência daquela formalização do pedido de perícia ou mesmo da especificação da sua finalidade, e, face à conclusão da autoridade julgadora recorrida no sentido de que:

"Não sendo o conhecido "Caixa 2" um livro contábil ou fiscal, formalizado em consonância com as legislações mercantil e tributária, padece ele de plena força probante, incluindo-se, porém, entre aqueles elementos de prova indiciária, que como tais, para que sejam dotados da força de prova plena, devem ser confirmadas por outros elementos."

isto é, não tendo a autoridade monocrática considerado válido o "caixa paralelo", para a prova das despesas nele assentadas: não teria cabimento a determinação de realização de perícia ex officio, eis que a única finalidade que poderia ser divisada para a realização da perícia deixava de subsistir.

Rejeito, deste modo, a preliminar de cerceamento do direito de defesa alegado.

No mérito, entendo deva a exigência fiscal ser parcialmente reduzida, dado que não tem cabimento acrescentar-se ao lucro real apurado o montante da receita não contabilizada apurada, quando aquela receita não corresponde a lucro e sim a movimento paralelo, isto é, quando também são apurados custos não contabiliza-



dos.

Disponha a Fiscalização de duas alternativas: a) desclassificar a escrita nos anos-base de 1978 e 1979 e apurar o lucro arbitrado aplicando o índice de 15% e 30% sobre a receita contabilizada (art. 149 do RIR/75 e Portaria nº 22, de 22/01/79) e de 50% sobre a receita não contabilizada (art. 8º, § 6º, do Decreto-lei nº 1.648/78) ou; b) manter a escrita, acrescentando ao lucro contábil-fiscal um percentual de lucro arbitrado do movimento não contabilizado (salvo se aceitasse a dedução das despesas arroladas no "Caixa paralelo", embora não revestido das formalidades legais).

Não tendo optado pela alternativa "a", nem tampouco pela modalidade prevista na ressalva da alternativa "b", deveria o Fisco calcular o lucro por arbitramento do movimento paralelo, na forma prevista no art. 149 do RIR/75 e Portaria nº 22/79, ou seja, acrescentando ao lucro real o valor correspondente a 15% e 30% da receita não registrada respectivamente nos exercícios de 1979 e 1980, vez que a Portaria-MF-nº 22/79, somente se aplica, nos casos de agravamento, a partir do exercício de 1980.

Portanto, no ano-base de 1978, o valor tributável de Cr\$ 2.100.704,00 deverá ser reduzido para Cr\$ 315.105,00 e, no ano-base de 1979, o valor de Cr\$ 5.317.645,00 deverá ser reduzido para Cr\$ 1.595.293,50.

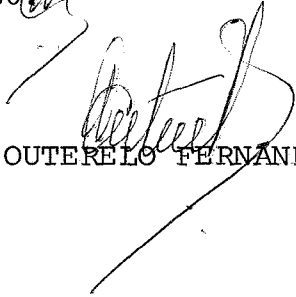
Quanto aos anos-base de 1977 e 1980 em que a recorrente optou pela tributação com base no lucro presumido (reduzida receita) como a recorrente não faz jus a esta forma de tributação, face a natureza de sua atividade e também não possuir escrita: sujeita-se à tributação pela sistemática estabelecida no art. 8º, § 6º, do Decreto-lei nº 1.648/77 (lucro arbitrado), correspondendo o lucro a 50% da receita omitida.

Nestas condições, também reduzo o valor tributável de Cr\$ 139.131,80 para Cr\$ 136.618,00, no ano-base de 1977, e de Cr\$ 3.194.587,75 para Cr\$ 2.677.007,50, no ano-base de 1980.



Quanto ao percentual de 150% de multa aplicada sobre o imposto devido, considero-o correto, vez que a escrituração paralela apreendida ("Caixa 2", como o intitulou, reiteradamente, o próprio patrono da autuada na peça impugnatória), bem como os montantes subtraídos à tributação em comparação com a receita registrada nos livros oficiais, sem dúvida, revela o intuito de sonegar o tributo devido.

Em face de todo o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo as seguintes parcelas: Cr\$ 2.513,80; Cr\$ 1.785.642,00 ; Cr\$ 3.722.351,50 e Cr\$ 517.580,25, respectivamente nos anos-base de 1977, 1978, 1979 e 1980.



AMADOR OUTEREIRO FERNANDEZ - PRESIDENTE E RELATOR.