

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO N. 10183.002541/91-18

Acórdão n. 105-9.621

Sessão de: 23 de agosto de 1.995

Recurso n.: 107.316 - IRPJ. Ex. de 1.988

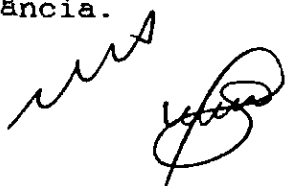
Recorrente: AUTO POSTO E LANCHONETE IRMAOS ZULLI LTDA.

Recorrida : DRF EM CUIABA - MT.

NULIDADE DE DECISAO DE PRIMEIRA INSTANCIA - Quando a fiscalização retém o livro diário e o razão, onde estão escrituradas as operações do período-base objeto da exigência fiscal, e somente os devolve mais de 02 (dois) anos após a ciência do lançamento de ofício, claro fica a preterição do direito de defesa do contribuinte desde o momento da impugnação, por não estar de posse dos registros contábeis desejáveis para tanto, sendo, neste caso, necessário anular a decisão da autoridade singular, e garantir à autuada o amplo direito de defesa desde a primeira instância (art. 59, inciso "II" do Dec. 70.235/72).

NULIDADE DE DECISAO DE PRIMEIRA INSTANCIA - Quando o auto de infração, mesmo em apenas um de seus itens, não informa a base legal para o lançamento da multa, o contribuinte fica impedido de impugná-lo, o que caracteriza preterição do direito de defesa e causa a nulidade da decisão singular, porém, uma vez sanada a ocorrência, porque sanável é, restitui-se ao mesmo as condições ideais e necessárias para o amplo exercício desse direito desde a primeira instância (Art. 59, inciso "II" do Dec. 70.235/72).

NULIDADE DE DECISAO DE PRIMEIRA INSTANCIA - NOVO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO - Ocorrendo nulidade da decisão da autoridade singular, deve ser concedido ao contribuinte prazo idêntico ao inicial, ou seja, de 30 (trinta) dias após a ciência e saneamento das condições que ocasionaram o evento, para a apresentação de nova impugnação, garantindo, assim, o amplo direito de defesa desde a primeira instância.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso, interposto por "AUTO POSTO E LANCHONETE IRMAOS ZULLI LTDA".

Acordam os membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, declarar nula a decisão singular, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 1.995


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - Presidente


JORGE PONSONI ANOROZO - Relator


VISTO EM ANTONIO DE MOURA BORGES - Procurador da
SESSAO DE: 4 0 OUT 1995 Fazenda Nacional

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Hissao Arita, Afonso Celso Mattos Lourenço, Jackson Medeiros de Farias Schneider e Luiz Edmundo Cardoso Barbosa.

Recurso nr. 107.316 - IRPJ - EX. DE 1988

Recorrente: AUTO POSTO E LANCHONETE IRMAOS ZULLI LTDA.

Recorrida : DRF. em CUIBA - MT.

R E L A T Ó R I O

1 - No presente recurso voluntário (fls. 68 a 78) a recorrente se insurge contra decisão de primeiro grau (fls. 63 a 66), que não deu provimento à impugnação de exigência tributária de imposto de renda pessoa jurídica, e seus acréscimos legais, relativo ao ano-base de 1.987 - exercício de 1.988, consubstanciada no auto de infração e seus anexos, de fls. 25 a 33.

2 - O auto de infração, no montante de CR\$ 21.625.443,30 (vinte e um milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta e três cruzeiros e trinta centavos), em moeda da época, está amparado pelos seguintes fatos, apurados pela fiscalização quando do exame da escrituração contábil da pessoa jurídica:

2.1 - OMISSÃO DE RECEITAS, caracterizadas por:

2.1.1 - AUMENTO DE CAPITAL NÃO COMPROVADO - decorrente da falta de comprovação por parte do(s) sócio(s), da(s) origem(ns) dos recursos referente ao(s) aumento(s) de capital em moeda corrente no valor de CZ\$ 468.667,22, conforme fls. 03 do livro diário n. 003, bem como do seu efetivo ingresso na empresa fiscalizada.

2.1.1.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154, 157 e parágrafo primeiro, 173, 179, 181, 387 inciso "II", do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 04/12/80

2.1.2 - FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS - valor lançado a débito da conta corrente "DIRETORES", caracterizando omissão de receita operacional pela venda aos sócios, de combustíveis e lubrificantes, sem a emissão das notas fiscais e consequente lançamento a crédito de resultado do exercício, conforme esclarecimento

constante do item "III", datado de 05.07.91 (fls. 14), anexo ao presente, no valor total de CZ\$ 6.334.630,77.

2.1.2.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154, 157 parágrafo único e 387 inciso "II", do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 04/12/80.

2.1.3 - FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE COMPRAS - evidenciando a utilização de receitas não registradas na contabilidade da empresa fiscalizada, conforme relação de fls. 27 e comprovantes de fls. 46 a 53, no montante de CZ\$ 517.870,24.

2.1.3.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154, 157 e parágrafo primeiro, 172 e parágrafo único, 174 e parágrafo primeiro, 175, 177, 179 e 387 inciso "II" do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 04/12/80.

2.1.4 - PASSIVO FICTICIO - materializado pela não comprovação de parte das obrigações constantes do balanço de 31/12/87. O montante da conta de fornecedores, do passivo circulante, era de CZ\$ 3.028.860,00 (item 02 - fls. 09), porem, a autuada sómente logou comprovar a existência de dívidas no montante de CZ\$ 489.499,77, conforme relação de fls. 28 e comprovantes juntados às fls. 35 a 45, sendo, portanto, considerado pela fiscalização, como passivo não comprovado, ou seja, manutenção no passivo de obrigações já pagas, a importância de CZ\$ 2.539.360,23, correspondente a diferença.

2.1.4.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154 parágrafo único, 179, 180 e 387 "II" do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto 85.450, de 04/12/80.

2.1.5 - SUPRIMENTO DE NUMERARIO NAO COMPROVADO - evidenciado pela não comprovação da origem, por parte do(s) sócio(s), dos empréstimos realizados com as interligadas, através de documentação hábil e idônea, coincidente com dados e valores dos recursos refe-



rentes aos suprimentos de caixa efetuados, bem como o seu efetivo ingresso na empresa fiscalizada, no valor total de CZ\$ 9.279.627,22.

2.1.5.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154, 157, 181 e 387 inciso "II", do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 04.12.80.

2.1.6 - FALTA DE LANÇAMENTO DE RECEITA DE VENDAS - decorrente do não lançamento à tributação das receitas de prestação de serviços e venda de mercadorias, apontada nos livros registro de saída - matriz, e no livro de prestação de serviços, no valor total de CZ\$ 103.649,20.

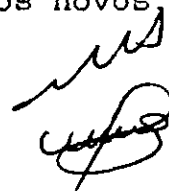
2.1.6.1 - CAPITULAÇÃO LEGAL - artigos 154, 157, 158 e artigo 387 inciso "II" do regulamento do imposto de renda aprovado pelo Decreto n. 85.450, de 04/12/80.

2.2 - MULTA POR FALTA DE ENTREGA DA "DIRF" E "DCTF".

2.2.1 - lançamento da multa prevista nos artigos 652 parágrafo quarto e 654 do regulamento do imposto de renda, aprovado pelo decreto n. 85.450, de 04/12/80, face a entrega das "DCTF", após o início da ação fiscal. A base de cálculo da multa está demonstrada às fls. 30, e o valor da multa é de 566,29 BTNF.

3 - Da base de cálculo apurada no auto de infração, a fiscalização deduziu a totalidade dos prejuízos compensáveis até a data do lançamento, prejuízos esses que montam CZ\$ 1.748.395,00.

4 - Na sequência (fls. 31), a fiscalização informa a capitulação legal complementar referente ao lançamento de ofício; a multa de ofício; a cobrança de juros de mora; a base de cálculo em "ORTN/OTN"; a base de cálculo em "BTNF"; a atualização monetária; aos encargos relativos a "TRD", e a conversão para cruzados novos,



5 - A fiscalizada solicitou acréscimo de metade do prazo para a impugnação da exigência (fls. 55), com base no art. 6, inciso "I", do Decreto 70.235/72, solicitação que foi deferida pela autoridade preparadora na mesma folha.

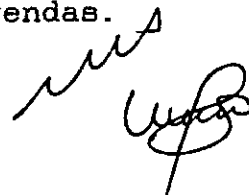
6 - As fls. 56 a 59 a autuada, inconformada com o feito fiscal, apresenta sua impugnação, alegando o seguinte:

6.1 - AUMENTO DE CAPITAL NAO COMPROVADO - esclarece que o aumento de capital está devidamente comprovado através das declarações de rendimentos das pessoas físicas dos sócios, relativa ao ano-base de 1.987 - exercício de 1.988, e que apenas não existe comprovante de integralização através de depósito bancário, o que, no entender da impugnante, não caracteriza a falta de comprovação em si.

6.2 - FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS - a autuada alega que embora manifestação anterior, as fls. 14, tenha esclarecido que o valor a receber do sócio Silvio Zulli decorreu do fornecimento de combustíveis, nada consta junto a contabilidade da empresa que alicerce essa afirmação, e que verificando junto as companhias fornecedoras seria possível comprovar que não houve falta de emissão de notas fiscais, pois os estoques são regorosamente fiscalizados pelo Conselho Nacional do Petróleo e pelas companhias fornecedoras, tendo inclusive os preços e margem de comercialização fixados pelo Governo Federal.

6.3 - OMISSÃO DE COMPRAS - alega o contribuinte que, por um lapso, não foi efetuado o registro de algumas notas fiacais na contabilidade da empresa, e que esse fato não trouxe nenhum prejuízo ao fisco ou à Fazenda Nacional, uma vez que os produtos teriam sido vendidos e oferecidos a tributação.

6.4 - PASSIVO FICTICIO - quanto a este fato, alega a autuada que houve falha técnica por parte dos responsáveis pela contabilidade na época, e que isso não trouxe prejuízos aos cofres da Fazenda Nacional, porque não houve omissão de vendas.



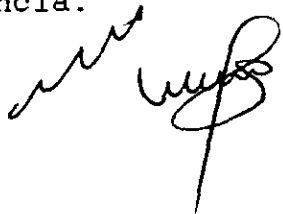
6.5 - SUPRIMENTO DE NUMERARIO NAO COMPROVADO - a autuada alega que os suprimentos foram feitos via empréstimos das pessoas físicas dos sócios, que tinham disponibilidade de recursos à época do empréstimo, e que nos meses 06 e 12/87, o empréstimo foi pago com os recursos decorrentes de empréstimos bancários, o que descaracteriza a omissão de receita.

6.6 - Na sequência, faz alegações relativas as exigências de PIS-FATURAMENTO - MATRIZ E FILIAIS, e de FINSOCIAL - MATRIZ E FILIAIS, objeto de outros processos, esclarecendo que efetivamente não recolheu os valores devidos a esse título, nos períodos objeto da exigência, por omissão e falha técnica dos responsáveis pela contabilidade, que inclusive tem efetuado recolhimentos superiores aos devidos em períodos posteriores, o que comprova as falhas técnicas, e que não pretende se furtar ao pagamento dos valores efetivamente devidos.

6.7 - MULTA POR FALTA DE ENTREGA DA DIRF. E DCTFs. - quanto a falta de apresentação das DCTFs., reitera os argumentos supra, no que se refere a omissão e falha técnica dos responsáveis pela contabilidade da empresa, e quanto a DIRF., alega que a obrigatoriedade de apresentação da mesma só foi gerada em decorrência das infrações apuradas no auto de infração, e que sua apresentação não era devida anteriormente.

6.8 - Finalmente, alega que o valor total das vendas pode ser levantada através da movimentação física dos produtos que comercializa, pois exerce a atividade de comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, tendo como fornecedor exclusivo a "Cia Ipiranga de Petróleo"; que os preços de venda são tabelados pelo Governo Federal, o que oferece a possibilidade de apuração do montante real do faturamento, e a exclusão da hipótese de omissão de receitas, solicitando, enfim, que seja considerado improcedente o auto de infração.

7 - A informação fiscal, de fls. 61 e 62, é pela manutenção total da exigência.



8 - A decisão da autoridade singular (fls. 63 a 66), por seu turno, manteve totalmente o crédito tributário constituído.

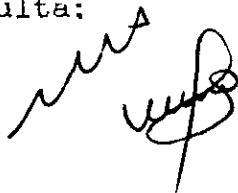
9 - As Fls. 68 a 78, a empresa apresenta o recurso a este Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, e não combate o mérito, investindo tudo na preliminar onde busca a anulação da decisão de primeira instância, e, para atingir seu objetivo, faz as seguintes citações:

9.1 - Que a decisão de primeira instância foi proferida com total cerceamento do direito de defesa, pois o livro diário e o razão, com a escrituração da empresa relativa ao período objeto da exigência, teria ficado retido pela fiscalização até o dia 02 de setembro de 1.993, conforme comprova a declaração de fls. 79, o que à impediu de melhor argumentar e trazer provas quando da impugnação. Observe-se que a autuada foi cientificada da exigência em 31 de julho de 1.991 (fls. 34); apresentou a impugnação em 16 de setembro de 1.991 (fls. 56); a decisão de primeiro grau foi prolatada em 27 de julho de 1.993 (fls. 66), e o contribuinte tomou ciência da mesma em 17 de setembro de 1.993 (fls. 67);

9.2 - Alega ainda que houve arbitrariedade, manifestada pela materialização de infrações e exigência de valores que não foram objeto de solicitações de esclarecimentos na fase de fiscalização;

9.3 - Que os itens "1.2" e "1.5" do auto de infração tem discriminação incompleta e confusa da pretensa infração, e que a autoridade administrativa não demonstra de onde foram retirados os valores que serviram de base de cálculo para o lançamento;

9.4 - Que a penalidade imposta pelos fatos descritos no item "2.1" do auto de infração, foi capitulada em dispositivos genéricos do Decreto 85.450/80, cuja redação impede ao autuado saber se foi correta ou não, e que não foi demonstrada a formula de cálculo da multa:



9.5 - Na sequência, faz citações de alguns autores acerca do direito de defesa do sujeito passivo e da quebra do princípio do contraditório;

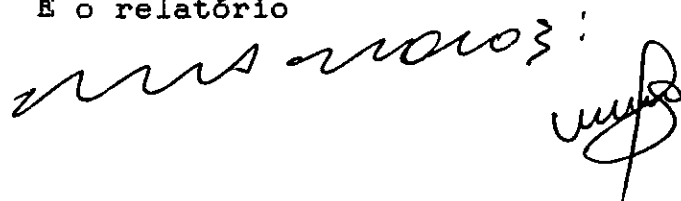
9.6 - Alega ainda que ao constituir o crédito tributário, a autoridade não respeitou os preceitos do artigo 142 do "CTN"; que o serviço de fiscalização preferiu lançar um amontoado de alegações imprecisas, na maioria dos itens presumindo a ocorrência do fato gerador do imposto, sem qualquer comprovação material dos fatos, e que o Direito Tributário rejeita a técnica de constituir a obrigação por presunção;

9.7 - Mais adiante alega que, interpretando o artigo 181 do RIR/80, cabe ao fisco provar, por indícios na escrituração do contribuinte, ou qualquer outro elemento de prova, a omissão de receita, para sómente após arbitrá-la com base nos recursos fornecidos à empresa por seus titulares, e que a autoridade não comprovou omissão de receita, e partiu de indícios para presumir a matéria tributável;

9.8 - Continuando, transcreve citações de autores sobre "ônus de prova"; cita decisão do Tribunal Federal de Recursos; alega que não cabe ao contribuinte, mas exclusivamente ao fisco a determinação da matéria tributável; que é nulo o auto que não traduz essa determinação, e conclui pedindo a nulidade da decisão de primeira instância, para fazer justiça e restabelecer o direito.

9.9 - O único documento de prova juntado ao recurso é a declaração de fls. 79.

10 - E o relatório

Handwritten signature and scribbles, likely representing the end of the report or a signature.

V O T O

Conselheiro JORGE PONSONI ANOROZO - Relator

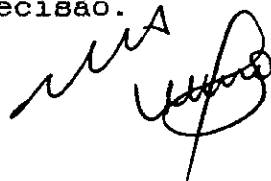
1 - O recurso é tempestivo, e por preencher os requisitos legais de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

2 - No presente recurso o contribuinte não discute mérito, trazendo somente questionamentos de preliminar, onde pede a nulidade da decisão de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração e manteve a totalidade da exigência tributária, e fundamenta seu pedido na alegação de cerceamento do direito de defesa, dada a ocorrência de fatos que impediram o mesmo de bem impugnar o lançamento.

3 - O principal argumento decorre de ter a fiscalização retido o razão e o livro diário da empresa, onde estão escrituradas as operações relativas ao período objeto do litígio (ano-base de 1.987) até a data de 02 de setembro de 1.993, como comprova a declaração de fls. 79, e como descrito no item "9.1" do relatório.

4 - É importante observar, para convicção de voto, que o contribuinte foi cientificado do lançamento em 31 de julho de 1.991 (fls. 34), e após obter acréscimo de prazo, apresentou a impugnação em 16 de setembro de 1.991 (fls. 56), portanto, quando impugnou a exigência, não estava de posse do livro diário e nem do razão.

4.1 - Complementando, a decisão de primeiro grau foi prolatada em 27 de julho de 1.993 (fls. 66), portanto, os livros foram devolvidos ate mesmo após a decisão.



5 - Ora, para poder exercer com plenitude o direito de defesa, o contribuinte necessita ter acesso aos livros onde estão escrituradas as operações objeto da exigência fiscal. O fato do livro diário e do razão terem permanecido de posse da fiscalização até a data supra, sem dúvida, trouxe prejuízos para a defesa.

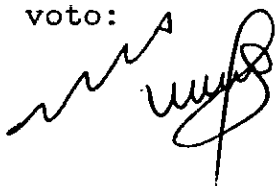
6 - Não procede, entretanto, a alegação de que o item "1.2" do auto de infração tem discriminação incompleta e confusa, pois basta a recorrente verificar as informações que ela mesma prestou à fiscalização, fls. 14, para encontrar a origem da exigência. Quanto a este fato cabe a mesma questionar, se quiser, o mérito.

7 - Melhor sorte não merece a alegação quanto a discriminação incompleta e confusa do item "1.5" do auto de infração, pois foi a própria recorrente quem prestou, as fls. 14, a informação da qual decorreu a exigência, cabendo a ela, se quiser, combater e questionar a informação anteriormente prestada, discussão que cabe no mérito, e não na preliminar.

8 - Entretanto, entendo ter razão o contribuinte quando alega a falta de capitulação legal para a exigência da multa constante do item "2.1" do auto de infração, porque capitulado está somente a infração.

9 - Por outro lado, paira no ar o odor de esperteza perversa, pois o contribuinte não procurou seus livros e nem colocou na impugnação os argumentos que utiliza neste recurso, o que pode sinalizar para conduta programada, visando protelar o deslinde do litígio, porém, a desídia do sujeito ativo, manifestada pela falta de devolução ao contribuinte de seus livros após o término da ação fiscal, supera quaisquer outras ilações.

10 - Isto posto, entendo ter ocorrido a hipótese de preterição do direito de defesa desde a impugnação, como previsto no artigo 59, inciso "II", do Decreto 70.235/72, ocasionada pela retenção dos livros supra, e pela falta de capitulação legal da multa constante do item "2.1" do auto de infração (fls. 29), e, assim sendo, voto:



10.1 - Para que seja declarada nula a decisão da autoridade singular, por ter sido proferida com preterição do direito de defesa;

10.2 - Para que a autoridade singular cientifique a autuada da base legal que ampara o lançamento da multa constante do item "2.1" do auto de infração (fls. 29), e demonstre, sob a forma de cálculos, como encontrou o valor da mesma.

10.3 - Para que seja concedido prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da ciência desta decisão, que deve ocorrer simultaneamente com o cumprimento do item anterior, para que o contribuinte possa, se desejar, apresentar nova impugnação, respeitando, assim, seu sagrado direito de ampla defesa desde a primeira instância.

Brasília, 23 de agosto de 1.995


JORGE PONSONI ANOROZO
