



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

Processo n° 10183.006557/2008-72
Recurso n° 894.439 Voluntário
Acórdão n° **1102-00.430 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de abril de 2011
Matéria IRPJ e outro
Recorrente FIAGRIL AGRO MERCANTIL LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ - CGE

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004

Ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – CONFUSÃO NA DESCRIÇÃO DOS FATOS – NULIDADE.

É nulo o auto de infração que, por confusão na descrição do fato imponible, dificulte o entendimento da acusação fiscal e, por consequência, o exercício do pleno direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé acompanhou pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente.

(assinado digitalmente)

João Carlos de Lima Junior – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente à época), João Carlos de Lima Junior, Silvana Rescigno Guerra Barretto, João Otávio Oppermann Thomé, José Sérgio Gomes e Manoel Mota Fonseca.

Relatório

Trata-se de auto de infração por meio do qual foi lançado crédito tributário de IRPJ e CSLL no valor de R\$ 7.363.592,72 (sete milhões, trezentos e sessenta e três mil quinhentos e noventa e dois reais e setenta e dois centavos) e R\$ 2.655.802,19 (dois milhões, seiscentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e dois reais e dezenove centavos) respectivamente, valores estes que englobam o principal, juros e multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

De acordo com a descrição dos fatos, referido débito se fundamenta na ausência de recolhimento dos tributos, quando da incorporação da “Fiagril Armazéns Gerais” por “Fiagril Agromercantil Ltda”, conforme relatório fiscal, a seguir transcrito:

*Esta fiscalização recebeu o Mandado de Procedimento de Fiscalização nº 0131002007001086 em 12 de março de 2007. Em 23 de março de 2007 envia Termo de Início de Fiscalização que foi recepcionado pelo contribuinte em 05 de abril de 2007 cujo teor evidenciava algumas exigências e dentre elas ressaltamos a de nº 11 que *ipsis litteris*, exigia*

"11. APRESENTAR E DEMONSTRAR os atos formais praticados na incorporação efetuada com os respectivos balanços de fechamento e abertura e o tratamento dado na compensação de prejuízos (se houver) e as transferências dos valores constantes da parte E do LALUR com seus respectivos tratamentos tributários."

Em 25 de abril de 2007 o contribuinte apresenta os documentos exigidos no Termo de Início de Fiscalização para a devida conferência.

Em 16 de julho de 2008 esta fiscalização envia Termo de Solicitação de Esclarecimentos que foi recepcionado em 21 de julho de 2008 cujo teor intimava,

"Dando continuidade a ação fiscal iniciada em 05/04/2007 e de acordo com o disposto nos artigos 904 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/ 99), fica o contribuinte, acima identificado, INTIMADO a, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, prestar os esclarecimentos relativos aos elementos especificados abaixo:

*1. Esta fiscalização intima o contribuinte a ESCLARECER E JUSTIFICAR o não recolhimento do IR e CSLL na incorporação efetuada em janeiro de 2005 da FIAGRIL ARMAZÉNS GERAIS LTDA visto que a legislação preleciona, no artigo 441 do Decreto 3000 de 29 de março de 1999 e artigo 21, §2º e 3º da Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995, *ipsis litteris*,*

"Art. 441. As reservas de reavaliação transferidas por ocasião da incorporação, fusão ou cisão terão, na sucessora, o mesmo tratamento que teriam na sucedida.

"Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação pelo valor de mercado, a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, será considerada ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda devido e da contribuição social sobre o lucro líquido.

§ 3º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, os encargos serão considerados incorridos ainda que não tenham sido registrados contabilmente."

De acordo com o laudo de avaliação do patrimônio líquido e Demonstração do Acervo Líquido em 31 de janeiro de 2005 da Fiagril Armazéns Gerais Ltda, os imóveis foram reavaliados a preço de mercado pelo valor de R\$ 23.195.940,09 e com a depreciação no valor de R\$ 5.020.260,50 tendo então um ganho de capital de R\$ 18.175.679,59 (R\$ 23.195.940,09 - R\$ 5.020.260,50) conforme legislação acima mencionada. Como a Fiagril Armazéns Gerais Ltda, entregou as declarações de 2004 e 2005 como Lucro Presumido, portanto, este ganho de capital precisa ser incorporado à base de cálculo do IR e CSLL como preleciona a legislação. Assim sendo e com a regra de que na incorporação, cisão ou fusão o tratamento da sucessora teria que ser o mesmo da sucedida conclui-se, sem sombra de dúvida, que o ganho de capital mencionado deva ser incorporado a base de cálculo dos impostos IR e CSLL."

Em 22 de julho de 2008 o contribuinte responde, in verbis:

"(..) No intuito de prestar esclarecimentos, estamos enviando cópia do laudo de avaliação pelo valor contábil utilizado na incorporação devidamente registrado na jucemat, esclarecendo-lhe que não houve avaliação a valor de mercado e nem ganho de capital nenhum."

Dispõe o art. 21 da Lei 9249/1995:

"...os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado ..."

Conforme evidenciado no laudo de avaliação houve a opção da empresa pela incorporação ao valor histórico contábil citado na página 02 do laudo de avaliação, ainda na página 03 do Distrato de extinção por incorporação cita que os ativos e

passivos foram transferidos conforme o constante no balanço levantado na data da incorporação.

A incorporada possuía, registrado historicamente, uma reserva de reavaliação e uma provisão de IRPJ e CSLL Diferido, saldos contábeis estes que foram transferidos da mesma forma para a incorporadora onde está sendo tributado o IRPJ e CSLL pela realização através da depreciação mensal, baixa por perecimento ou alienação (art. 435 do RIR/99) .

Decreto 3000/99 RIR:

"Art. 441. As reservas de reavaliação transferidas por ocasião da incorporação, fusão ou cisão terão, na sucessora, o mesmo tratamento tributário que teriam na sucedida.(...)"

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Esta fiscalização esclarece que o artigo 21 da Lei nº 9.249 , de 1995, legisla,

"Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação a valor de mercado a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão será considerada ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda devido e da contribuição social sobre o lucro líquido.

§ 3º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, os encargos serão considerados incorridos, ainda que não tenham sido registrados contabilmente.

§ 4º A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento".

Analisando o artigo retro referido entende-se que a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado. Pois bem, a empresa sucedida , FIAGRIL ARMAGÉNS GERAIS LTDA, conforme Laudo de Avaliação de Ativo Imobilizado de 31 de dezembro de 2004, efetuado pela empresa GENTURY BUSINESS CONSULTANTS LTDA, efetuou uma avaliação A PREÇO DE MERCADO, em 31 de dezembro de 2004, dos bens pertencentes ao ativo imobilizado nas unidades

de LUCAS DO RIO VERDE, SORRISO E SINOP cujos valores são os seguintes:

SORRISO

VLR TOTAL DOS BENS MÓVEIS..... 4.385.524,00
VLR TOTAL DOS BENS IMÓVEIS..... 4.977.000,00
SINOP

VLR TOTAL DOS BENS MÓVEIS..... 1.973.042,00
VLR TOTAL DOS BENS IMÓVEIS..... 3.385.000,00
LUCAS DO RIO VERDE

VLR TOTAL DOS BENS MÓVEIS..... 3.950.071,00
VLR TOTAL DOS BENS IMÓVEIS..... 7.113.000,00

Ainda de acordo com a legislação pátria o contribuinte que declara pelo lucro presumido deve acrescentar na base de cálculo o valor de ganhos de capital, demais receitas e resultados positivos decorrentes de receitas não compreendidas na atividade pelo valor total. Assim sendo deverá tributar as receitas com alíquota diferenciada para se encontrar a base de cálculo e após, adicionar na mesma o valor do ganho de capital. Como o contribuinte efetuou uma reserva de reavaliação em 31 de dezembro de 2004 houve no mês de dezembro de 2004 um ganho de capital que deveria ter sido adicionado à base de cálculo do imposto e o contribuinte não o fez. A empresa FIAGRIL ARMAZÊNS GERAIS LTDA, que recolhia IRPJ e CSSL pelo lucro presumido conforme DIPJs entregues, deveria ter recolhido IRPJ e CSSL sobre a operação de reavaliação do imobilizado em dezembro de 2004.

Já o CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, verbera em seu artigo 132, in verbis:

"Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar da fusão, transformação ou incorporação de outra em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas."

Em síntese, a FIAGRIL AGROMERCANTIL LTDA, sendo sucessora da FIAGRIL ARMAZÊNS GERAIS LTDA, é responsável direta pela tributação do IRPJ e CSSL sobre a avaliação a preço de mercado efetuada em 31 de dezembro de 2004 que conforme ANEXO IV da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido é da ordem de R\$ 12.984.649,02 (doze milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove reais e dois centavos). Valores referentes a ganhos de capital não acrescidos à base de cálculo para fins de incidência do imposto e do adicional.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	multa (%)
31/12/2004	R\$ 12.984.649,02	75%

Art. 521 do RIR/99, Lei nº 9.430, de 1996, art. 25, inciso II.

No que se refere à atualização monetária e às penalidades aplicáveis, os enquadramentos legais correspondentes constam dos respectivos demonstrativos de cálculo.”

Intimada do auto em 20 de Janeiro de 2009, a Contribuinte apresentou Impugnação, suscitando, em síntese, que:

a) Houve cerceamento de defesa, porque a narrativa dos fatos no auto de infração foi confusa, vez que a Fiscalização entendeu, num primeiro momento, que a simples reserva de reavaliação do ativo da empresa incorporada era hipótese de incidência de ambos os tributos, sendo que em outro momento se manifestou no sentido de que foi a incorporação registrada em 27.01.2005 que provocou o nascimento da obrigação tributária, retroagindo à data da verdadeira reavaliação, em 31.12.2004, bem como porque, conseqüentemente, houve erro na capitulação legal da infração;

b) A simples existência da Reserva de Avaliação não desencadeou efeitos tributários aptos a fazer nascer a Obrigação Tributária, seja na sistemática de apuração do Lucro Real, ou mesmo, do Lucro Presumido, vez que não representou acréscimo patrimonial;

c) Inexistia base legal capaz de amparar a pretensão do fisco à data da reavaliação, em 31.12.2004, o que motivou a fiscalização a embasar-se no artigo 21 da Lei 9.249/95, sendo certo que, mesmo tal dispositivo, não tratava do acréscimo patrimonial quando da incorporação;

d) Fato posterior (incorporação em 2005), não poderia retroagir para disciplinar fato ocorrido anteriormente (reavaliação em 2004), revelando flagrante ilegalidade na cobrança do IRPJ e da CSLL pretendidos pela fiscalização;

e) Inexistiu real ganho de capital, o que somente se efetivaria quando da realização dos ativos.

Por unanimidade de votos, a 2ª Turma da DRJ de Campo Grande julgou improcedente a impugnação apresentada, mantendo na íntegra o Auto de Infração lavrado pela fiscalização.

Ao afastar a preliminar de nulidade, a DRJ o fez nos seguintes termos, “*ipsis literis*”:

Nulidade.

A preliminar deve ser rejeitada.

A leitura do relato feito no auto de infração pelo Auditor-Fiscal autuante dá a exata noção do fato que motivou o lançamento. A parte final da descrição se apresenta assim redigida:

Em síntese, a FIAGRIL AGROMERCANTIL LTDA., sendo sucessora da FIAGRIL ARMAZÉNS GERAIS LTDA., é responsável direta pela tributação do IRPJ e CSLL sobre a avaliação a preço de mercado efetuada em 31 de dezembro de 2004 que conforme ANEXO-IV da Demonstração das mutações

do Patrimônio Líquido é da ordem de R\$ 12.984.649,02 (...). Valores referentes a ganhos de capital não acrescidos à base de cálculo para fins de incidência do imposto e adicional. (fls. 07e 16).

O trecho acima reproduzido deixa ver com clareza que o fato tido como infração consistiu na omissão do ganho de capital sobre bens transferidos da empresa incorporada para a impugnante.

Não houve, por outro lado, dubiedade, nem imprecisão no que diz respeito ao enquadramento legal. Os dispositivos que servem de enquadramento aos autos de infração constam das fls. 07 e 16, e são os seguintes: art. 521 do RIR, art. 25, inciso II, da Lei nº 9.430, art. 2º da Lei nº 7.689/1988, art. 29, inciso 11, da Lei nº 9.430 e art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

O art. 521 do RIR e o art. 25 da Lei nº 9.430 se referem ambos ao tratamento tributário dispensado ao ganho de capital na alienação de bens e direitos por pessoa jurídica que tenha optado pelo lucro presumido. Para maior clareza, eis o teor dos aludidos dispositivos:

Art. 521. Os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art 519, serão acrescidos à base de cálculo de que trata este Subtítulo, para efeito de incidência do imposto e do adicional, observado o disposto nos arts. 239 e 240 e no § 3º do art. 243, quando for o caso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 25, inciso II).

§ 1º O ganho de capital nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil.

§ 2º Os juros e as multas por rescisão contratual de que tratam, respectivamente, os arts. 347 e 681 serão adicionados à base de cálculo (Lei nº 9.430, de 1996, arts. 51 e 70, § 3º, inciso III).

§ 3º Os valores recuperados, correspondentes a custos e despesas, inclusive com perdas no recebimento de créditos, deverão ser adicionados ao lucro presumido para determinação do imposto, salvo se o contribuinte comprovar não os ter deduzido em período anterior no qual tenha se submetido ao regime de tributação com base no lucro real ou que se refiram a período no qual tenha se submetido ao regime de tributação com base no lucro presumido ou arbitrado (Lei nº 9.430, de 1996, art. 53).

§ 4º Na apuração de ganho de capital, os valores acrescidos em virtude de reavaliação somente poderão ser computados como parte integrante dos custos de aquisição dos bens e direitos se a empresa comprovar que os valores acrescidos foram computados na determinação da base de cálculo do imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 52).

Art. 25 da Lei nº 9.430:

Art. 25. O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

I- o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei;

II- os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

Os artigos 441 do RIR e 21 da Lei nº 9.249 em nenhum momento foram invocados como base normativa dos lançamentos. A citação a tais dispositivos se deu por conta da reprodução feita pelo autuante, no relato da infração, dos termos de uma das intimações feitas à contribuinte na fase fiscalizatória e da respectiva resposta dada naquela ocasião.

Bastaria, portanto, uma leitura atenta para desfazer qualquer compreensão imperfeita ou dúbia acerca do enquadramento legal dos autos de infração.

O alegado cerceamento de defesa deve igualmente ser rechaçado, porquanto a impugnante teve todas as condições para exercer o direito, tanto é que foi apresentada uma impugnação de vinte seis laudas, contendo farta argumentação, dando mostras de que a contribuinte sabia exatamente os fatos que lhe eram imputados.

Analisando, ainda, a alegação do contribuinte quanto à decadência parcial do direito de constituir o crédito, a DRJ manifestou-se no sentido da inexistência desta, já que o fato gerador incidiu sobre o ganho de capital ocorrido na incorporação realizada, sendo irrelevante a data da reavaliação.

Por fim, ao tratar da alegação do contribuinte no sentido de que teria incorrido, na espécie, o ganho de capital, a DRJ afastou tal argumento, sob o fundamento que a contribuinte não provou ter adicionado os valores da reserva de reavaliação à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como, afirmou não haver na legislação de regência a possibilidade de adicionar à base de cálculo dos tributos o saldo da reserva de reavaliação somente na medida em que estes se realizarem.

Também afirmou não ter ocorrido o alegado “*bis in idem*” e, se tivesse ocorrido, seria exclusivamente por culpa da errônea escrituração contábil da contribuinte, competindo, exclusivamente, a esta as correções, sem prejuízo do lançamento.

Intimada da decisão em 11 de maio de 2009, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 08 de junho do mesmo ano, repisando os argumentos aduzidos na impugnação.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR, Relator.

Presentes as condições de admissibilidade do Recurso Voluntário, dele tomo conhecimento.

Alegou a Recorrente, em sede de preliminar, nulidade do Auto de Infração por flagrante confusão na narrativa dos fatos e conseqüentemente na capitulação legal.

O deslinde da causa merece apurada análise por parte deste julgador, senão vejamos.

Inicialmente, da análise os argumentos aduzidos pelo Senhor Auditor, no relatório do auto de infração, tem-se a nítida impressão que a autuação diz respeito à incorporação efetuada:

“Esta fiscalização esclarece que o artigo 21 da Lei nº 9.249, de 1995, legisla:

“Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

(...)

Analisando o artigo retro referido entende-se que a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido deverá levantar balanço específico para esse fim (...)

Contudo, logo após, o Auditor começa a tratar da reserva de reavaliação efetuada e dá a entender que o fato tributado foi a reserva de reavaliação, causando grande confusão no entendimento do Auto, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

“Como o contribuinte efetuou uma reserva de reavaliação em 31 de dezembro de 2004 houve no mês de dezembro de 2004 um ganho de capital que deveria ter sido adicionado à base de cálculo do imposto e o contribuinte não o fez. A empresa FIAGRIL ARMAZÊNS GERAIS LTDA, que recolhia IRPJ e CSLL pelo lucro presumido conforme DIPJs entregues, deveria ter recolhido IRPJ e CSLL sobre a operação de reavaliação do imobilizado em dezembro de 2004.”

Por fim, para aumentar a confusão, quando da conclusão do auto, a autoridade fiscalizadora afirmou ter havido ganho de capital não oferecido a tributação, conforme trecho abaixo transcrito:

Em síntese, a FIAGRIL AGROMERCANTIL LTDA, sendo sucessora da FIAGRIL ARMAZÊNS GERAIS LTDA, é

responsável direta pela tributação do IRPJ e CSLL sobre a avaliação a preço de mercado efetuada em 31 de dezembro de 2004 que conforme ANEXO IV da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido é da ordem de R\$ 12.984.649,02 (doze milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove reais e dois centavos). Valores referentes a ganhos de capital não acrescidos à base de cálculo para fins de incidência do imposto e do adicional.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável ou Imposto</i>	<i>multa (%)</i>
31/12/2004	R\$ 12.984.649,02	75,00

Assim, tem-se que a conclusão do Auto induz, logo de início, ao entendimento de que o fato tributado é a incorporação, ocorrida em janeiro de 2005, para em seguida, conduzir a outro entendimento, qual seja, de que a tributação, em verdade, está se dando sobre a reserva de reavaliação, tanto que adota como data do fato gerador 31/12/2004.

Inegável, assim, a confusão que causa a narrativa do Auto de Infração. E tal confusão, por si só, causa a nulidade do Auto, já que, inegavelmente, impede que o contribuinte exerça seu direito de defesa de forma plena e clara, vez que do modo como foi redigido, não permite o entendimento dos fatos geradores que ensejaram a autuação.

Neste sentido é a jurisprudência deste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF:

Processo nº 12045.000068/2007-36

Recurso nº 141.947 Voluntário

Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Acórdão nº 205-00.665

Sessão de 03 de junho de 2008

Recorrente SCHMIDT IRMÃOS CALÇADOS LTDA

Recorrida SRP - PORTO ALEGRE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 23/09/2005

PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO – AUTO DE INFRAÇÃO –

RELATÓRIO FISCAL INCOMPLETO. CERCEAMENTO DE

DEFESA. É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com insuficiência na descrição clara e precisa dos fatos geradores. A deficiente descrição dos fatos geradores da contribuição autoriza a decretação da nulidade do lançamento por inobservância dos requisitos básicos para a sua validade, propiciadores do exercício do amplo direito de defesa por parte do sujeito passivo e livre formação de convencimento por parte

Processo Anulado.

E ainda:

Processo nº 10183.005589/2001-84

Recurso nº 132213 ofício

Matéria IRPJ E OUTROS

Acórdão nº 101-94049

Sessão de 06 de dezembro de 2002

Recorrente 2ªTURMA/DRJCAMPO GRANDE/MS

Recorrida CRBS S.A.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência.

Recurso negado.

E, caso seja superada a preliminar de nulidade acima tratada, passamos a enfrentar a data eleita pelo Fisco como a data do fato gerador que ensejou o presente lançamento, qual seja, o dia 31/12/2004, data que nos remete à reserva de reavaliação efetuada e, portanto, nos faz concluir que foi este o fato gerador considerado pelo Fisco ao lavrar o Auto de Infração ora guerreado.

Cumpramos ressaltar, entretanto, que a reserva de reavaliação não é fato apto a desencadear o nascimento de obrigação tributária. A legislação fiscal, ao tratar do assunto, determina que a reavaliação seja tributada quando for utilizada para aumento de capital ou quando ocorrer a efetiva realização do ativo reavaliado, situação que diverge da ora analisada, portanto, sendo esta a conclusão adotada, é de rigor o cancelamento do Auto de Infração.

Por fim, diante da narrativa do auto de infração ora guerreado, poderíamos adotar uma terceira conclusão, no sentido de que o fato gerador foi a data da incorporação da Fiagril Armazéns Gerais Ltda. pela Fiagril Agromercantil Ltda. Neste caso, teríamos um erro de eleição do momento do fato gerador, segundo, inclusive, citado pela própria DRJ em sua decisão, conforme trecho a seguir transcrito:

Não obstante tudo quanto se disse acerca da validade do lançamento, há um erro que, embora não induza nulidade do ato administrativo, nem impeça à autuada a compreensão do fato a ela imputado, reclama imediata correção. Trata-se do momento

de ocorrência do fato gerador e do respectivo período de

apuração.

O fato gerador (o ganho de capital) só ocorreu com a incorporação da Fiagril Armazéns Gerais Ltda. pela Fiagril Agromercantil Ltda., negócio jurídico consumado em janeiro de 2005. Portanto, é neste momento, e não no quarto trimestre de 2004, que nasce a obrigação relativa ao IRPJ e à CSLL.

Ao contrário do que afirma a DRJ, tal erro de eleição cometido pela fiscalização quanto ao momento em que teria ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, se no quarto trimestre de 2004 ou se em janeiro de 2005, acarreta sim a nulidade do Auto, uma vez que impõe ao contribuinte a tributação à título de IRPJ e da CSLL em dezembro de 2004 de um evento que só ocorreu em janeiro 2005 e, portanto, só poderia ser tributado no ano de 2005, jamais em 2004.

Impende ressaltar que tal erro acarreta erro na base de cálculo e no critério temporal do tributo, elementos essenciais à regra matriz do tributo, eivando de total nulidade o auto lavrado.

Assim, o erro na eleição da data do fato gerador acarreta insanável nulidade ao mesmo, conforme a jurisprudência consolidada por este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, proferidos nesse mesmo sentido:

Processo nº 10280.004867/2003-40

Recurso nº 140241 ofício

Matéria IRF

Acórdão nº 104-20365

Sessão de 01 de dezembro de 2004

Recorrente 1ª TURMA/DRJBELÉM/PA

Recorrida FAZENDA DA PONTA LTDA.

IRRF DATADO FATO GERADOR - ERRO NA SUA INDICAÇÃO - LANÇAMENTO NULO - A precisa indicação na data da ocorrência do fato gerador é aspecto essencial na fixação da matéria tributável de modo que eventual erro nesse aspecto do lançamento se constitui vício substancial e insanável e, portanto, enseja a nulidade do lançamento. Recurso de ofício negado.

(...)

Como se vê, a questão central está muito bem delimitada. Trata-se de definir se a formalização do Auto de Infração com a indicação da data do fato gerador diferente da efetiva ocorrência dos fatos impositivos é suficiente para ensejar a anulação do lançamento.

(...)

De fato, a necessidade de indicação precisa da data do fato gerador é condição essencial para a validade do lançamento pois a partir dela advêm diversas consequências jurídicas

essenciais para a determinação, por exemplo, da data do vencimento do imposto, como assinalou a decisão recorrida. E acrescento, a própria legislação aplicável depende da data do fato gerado, ex vi do disposto no art. 144 do Código Tributário Nacional.

Convém ressaltar, por fim, que a DRJ ao julgar a impugnação da Recorrente pretendeu corrigir o erro em que incidiu o Auditor quando da eleição do fato gerador do tributo ao lavrar o auto de infração ora guerreado, o que não se pode aceitar, uma vez que a decisão administrativa é vinculada à lei que trata do momento da verificação da ocorrência do fato gerador do tributo lançando, não podendo a decisão administrativa inovar em relação ao dispositivo legal que rege a matéria, sob pena de nulidade.

Desta forma, conclui-se pela nulidade do Auto de Infração lavrado, seja pela confusão do auto, que acarreta, por si só, cerceamento do direito de defesa do contribuinte, seja em virtude do auto ter tributado a reavaliação, que não é fato gerador apto a desencadear o nascimento da obrigação tributária, ou, por fim, seja pelo erro na eleição da data do fato gerador, ao tributar no exercício de 2004, fato gerador que só ocorreu no ano de 2005.

Por todo o exposto, voto no sentido de dar TOTAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, anulando o lançamento fiscal em sua íntegra.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos de Lima Junior - Relator