



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Recurso nº. : 130.188
Matéria : IRF - ANO: 1995
Recorrente : JOSÉ AUGUSTO DE OLIVEIRA (FIRMA INDIVIDUAL)
Recorrida : DRJ em MANAUS - AM
Sessão de : 05 DE NOVEMBRO DE 2002
Acórdão nº. : 102-45.797

IRPF - PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Inexiste cerceamento ao direito de defesa quando o auto de infração é lavrado pela autoridade competente, contendo todos os requisitos necessários e indispensáveis a sua eficácia e validade, inclusive a adequada capitulação legal da infração, e dele pode a atuada se defender de forma ampla e livre.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AO TITULAR DE FIRMA INDIVIDUAL. INCIDÊNCIA DO IRRF. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO OBRIGATÓRIO - Classificam-se como lucros distribuídos, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte, os pagamentos efetuados ao titular de firma individual optante pelo lucro presumido, quando não demonstrar à apuração de lucro com base na escrituração comercial ou livro caixa, impossibilitando verificar se ultrapassa o lucro presumido deduzido dos impostos correspondentes, e não lograr êxito em comprovar a efetividade da operação realizada, com base em documentação hábil e idônea (Art. 20 da Lei nº 8.541/92).

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ AUGUSTO DE OLIVEIRA (FIRMA INDIVIDUAL).

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


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA
RELATOR

FORMALIZADO EM:

03 FEV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros AMAURY MACIEL, VALMIR SANDRI, NAURY FRAGOSO TANAKA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797
Recurso nº. : 130.188
Recorrente : JOSÉ AUGUSTO DE OLIVEIRA (FIRMA INDIVIDUAL)

RELATÓRIO

AUTO DE INFRAÇÃO

Contra o Recorrente foi emitido Auto de Infração – Imposto de Renda Retido na Fonte, datado de 12 de maio de 2000, fls. 002 a 007, referente aos fatos geradores: 30/04/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 31/10/1995 e 30/11/1995, tendo sido constituído o crédito tributário no montante de R\$ 71.883,35, a seguir descrito:

Imposto	25.477,93
Juros de Mora (calculados até 28/04/2000)	27.296,99
Multa Proporcional (passível de dedução)	19.108,43
Valor do Crédito Apurado	71.883,35

No Auto de Infração o Auditor relata o seguinte:

001 – IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF

01 – Falta de recolhimento do IRRF sobre os Lucros Distribuídos apurados.

Os lucros distribuídos ao titular da empresa foram apurados através dos cheques 011587 e 011588 (R\$ 100.000,0 e R\$ 65.000,00, respectivamente) conforme declaração do contribuinte datada de 02/03/2000, em resposta ao Termo de Intimação 01/03/2000, na qual o contribuinte confirma ser esta a finalidade dos cheques citados, e de transferências que foram efetuadas entre a conta-corrente da



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

empresa no Banco Real (c/c 3.014.730-5 ag. 253) e uma conta-corrente do sócio, no mesmo banco, conforme declaração do mesmo, datada de 09/02/2000, em resposta ao Termo de Intimação de 16/11/1999. Os valores dos cheques e das transferências foram obtidos através dos extratos de conta-corrente da empresa no Banco Real (c/c 3.014.730-5 ag. 253), extratos estes que nos foram fornecidos pela empresa fiscalizada, conforme Termo de Retenção de 12/11/1999.

Quanto a estas distribuições, foi também contratado que estes valores deram entrada no livro caixa da empresa, tendo como contrapartida a conta corrente da empresa no Banco Real (c/c 3.014.730-5 ag. 253), sem, entretanto, terem sido contabilizadas as respectivas saídas a título de distribuição de lucros, conforme reconhece o contribuinte em declaração de 29/02/2000, a qual responde o Termo de Intimação de 14/02/2000.

Intimado o contribuinte em 02/03/2000 e reintimado em 16/03/2000 a apresentar os DARF's que comprovassem o recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre os lucros distribuídos, este nos declara em 21/03/2000 que não houve recolhimento sobre estes valores.

Ante ao exposto, e considerando o valor distribuído como valor líquido, recompusemos a base de cálculo para a determinação do imposto de renda retido na fonte e determinamos o valor do imposto conforme demonstrado nas planilhas nº 08 e 09 fls. 112 e 113, emitidas em 22/03/2000.

<u>Fato gerador</u>	<u>Valor Tributável</u>	<u>Multa</u>
30/04/1995	2.081,19	75%
31/07/1995	595,52	75%
31/08/1995	10.494,24	75%
31/10/1995	1.975,97	75%
30/11/1995	10.331,01	75%

95



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

Enquadramento legal: Lei 8.541/92 Art. 20; RIR/94 Artigos 536 e 650; Lei 8.383/91 Art. 5º; RIR/94 Artigo 629; Decreto-Lei 5.844/93 Artigos 99 e 100, e Lei 7.713/88 Art. 7º, §1º. RIR/94 Artigo 791; Lei 4.154/62 Art. 5º; RIR/94 Artigo 796; Lei 9.430/96 Artigo 44. Multas Passíveis de Redução Art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91; e Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 c/c Art. 106, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 5.172/66, Juros de Mora Art. 13 da Lei nº 9.065/95.

IMPUGNAÇÃO

Inconformado o Recorrente interpôs a impugnação de fls. 279 a 302, datada de 21 de junho de 2000, junto ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em Manaus – AM, apresentando suas razões, contestando o Auto de Infração.

DA TEMPESTIVIDADE

A impugnação é tempestiva uma vez que tomou ciência em 22 de maio de 2000, tendo como “dies a quo”, a data de 23.05.00 e “dies ad quem”, a data de 21.06.00, portanto, data do devido protocolamento.

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Termo de Início de Ação Fiscal não menciona qual o objeto da ação fiscal, qual a sua abrangência, quais os períodos a serem fiscalizados e nem quais as espécies tributárias a serem auditadas, assumindo uma mera intimação administrativa para apresentar livros e documentos fiscais, disponibilizados ao auditor fiscal, além de diversas correspondências esclarecendo todos os questionamentos que lhes foram formulados e da auditoria não foi dado conhecimento à empresa ou ao seu representante legal de cada procedimento realizado em cada etapa do processo de auditoria, realizada fora das dependências da empresa, que só teve conhecimento com o Auto de Infração, não lhe sendo



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

possível acompanhar quaisquer das etapas de auditoria em suas contas, fato que lhe trouxe sérios prejuízos por desconhecer totalmente o andamento dos trabalhos de fiscalização, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que determina a lavratura do auto de infração por servidor competente e no local da constatação da infração, consta como ênfase à necessidade de acompanhamento, por parte do sujeito passivo, dos trabalhos de auditoria realizados em sua contabilidade, e, não sendo letra morta, tal dispositivo consta para garantir um acompanhamento pormenorizado dos trabalhos de auditoria e um perfeito entendimento dos mesmos, sem os quais defender-se se torna a tarefa hercúlea para não dizer quixotesca, tal é a dificuldade de ser atingido o princípio constitucional da ampla defesa, pressuposto básico do estado de direito.

O distanciamento e desconhecimento causaram o completo cerceamento do direito de defesa, ferindo frontalmente os dois pilares básicos, ou, em outras palavras, os dois pressupostos fundamentais do regime democrático e do estado de direito; o contraditório e a ampla defesa, conforme Art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, mortalmente atingido, pois, a falta de acesso ao que estava sendo feito pelo fisco em seu documentário fiscal lhe prejudicou quando não pode oferecer documentos, solicitar perícias ou propor alternativas de análise contábil e, quando lhe foi permitido, o autuante optou por desconsiderar seus argumentos.

O Artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, diz que é nulo o ato em que o direito de defesa é preterido, razão porque requer a anulação do presente auto de infração, pois, teve seu direito de defesa cerceado por falta de análise de



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

documentação e planilhas de fluxo de caixa da impugnante, tendo o livro caixa ignorado pelo auditor fiscal.

DISTRIBUIÇÃO IRREGULAR DOS LUCROS AO TITULAR DA EMPRESA

Da análise do extrato bancário e do livro Caixa, o auditor considerou dois lançamentos envolvendo a emissão dos cheques nºs 011587 e 011588 de R\$ 100.000,00 e R\$ 65.000,00, respectivamente, do Banco Real, como lucros distribuídos ao titular da empresa, e também de diversas transferências da conta corrente do Banco Real para a conta do titular, conforme sua declaração de fls. 157 e 170, respondendo os Termos de Intimação de fls. 118 e 165, o que fez erroneamente de que as transferências tiveram a finalidade de distribuição de lucro, diante do exíguo prazo de interpelação e como ainda estava refazendo a escrituração do Livro Caixa e do Livro Diário para apresentar ao fisco.

Ao efetuar a escrituração do Livro Caixa, verificou que a emissão dos dois cheques citados acima serviu para efetuar o pagamento ao seu titular de recursos seus outrora utilizados para suprir a empresa de fundos, prática corrente e usual nas pequenas empresas, notadamente nas firmas individuais, para prover o caixa contábil da empresa de recursos para desenvolver as suas atividades, como pagamento a funcionários, fornecedores, tributos e outras saídas, não existindo a preocupação de documentar tais operações, pois, as necessidades de pagamento vão surgindo a cada dia e, para não ficar inadimplente com fornecedores ou cliente, tais obrigações vão, ao longo do tempo, sendo quitadas pelos sócios ou titulares de firma individual e ao serem novamente capitalizadas, as empresas devolvem, então, os referidos valores aos sócios ou titulares de firma individual que lhes fizeram o empréstimo.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

Devem ser excluídas do levantamento fiscal as parcelas de distribuição de lucro na ordem de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em fevereiro e R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), em março, por não configurarem, estas operações, fato gerador de qualquer tributo, devendo permanecer somente os valores das transferências bancárias conforme demonstração com data, valor e folhas do Diário.

Conforme reiterados acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes: "É ponto pacífico que é nulo o lançamento baseado simplesmente em extrato bancário posto que estes não são prova suficiente para conferir lastro legal ao lançamento."

A exemplo do Acórdão nº 107-04.986, o Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu:

"IRPJ - Lucro Presumido - Arbitramento - Omissão de Receitas - Falta de Registro de Depósitos Bancários - Indícios - Improcedência do Lançamento - A simples falta de registro na contabilidade de depósitos bancários não autoriza, sem aprofundamento da ação fiscal, a conclusão de que teria havido omissão de receitas, mormente quando as receitas supostamente omitidas foram apuradas em simples confronto com extratos bancários.

Decorrência - Se os lançamentos apresentam o mesmo suporte fático devem lograr idênticas decisões."

Devem ser acatadas as suas argumentações, para que seja o Auto de Infração reduzido, em conformidade com a defesa, e requer:

- O recebimento da impugnação, para julgar improcedentes os autos de infração, sendo declarados nulos, por cerceamento de defesa;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43

Acórdão nº : 102-45.797

- Caso haja entendimento diverso desse julgador, que seja acatada a presente impugnação, julgando procedente;
- Desconsiderar os juros superiores a 12% a.a., praticados no presente auto de infração, por ser inconstitucional;
- A intimação pessoal do Advogado da recorrente para acompanhar o julgamento.

Em relação às parcelas de R\$ 100.000,00, em fevereiro e R\$ 65.000,00, em março, tributadas como omissão de receitas e distribuição de lucros realizada sem respectiva tributação, que sejam cancelados os lançamentos a elas referentes por tratar-se de empréstimos do titular para a empresa que foram pagos nos meses acima descritos.

**DECISÃO DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE
JULGAMENTO**

Apreciando a impugnação a autoridade de primeira instância, em Decisão DRJ/MNS nº 446, de 09 de agosto de 2001 de fls. 308 a 315, julgou o lançamento procedente, constante do Auto de Infração.

FUNDAMENTAÇÃO

Dada a tempestividade da impugnação, serão apreciadas as alegações de preliminares e de mérito apresentadas pelo impugnante.

PRELIMINARES

Não procede a alegação preliminar de cerceamento do direito de defesa a partir do argumento de que o termo de início de fiscalização, não contém o



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

período de fiscalização, nem as espécies tributárias a serem fiscalizadas. Não procede pelo fato de que isto não constitui causas de nulidade para o lançamento nem constitui cerceamento do direito de defesa, pois, este direito tem início com a intimação materializada pelo auto de infração. Além do mais, o Mandato de Procedimento Fiscal de fl. 01, recepcionado pelo impugnante contém o tributo a ser fiscalizado e o período de fiscalização, e conseqüentemente ao IRPJ como principal, implica lançamento reflexos.

Também não procede a preliminar de nulidade, centrada na alegação de que o auto não foi lavrado no local de constatação da falta e de que não tomou conhecimento nem participou dos trabalhos de auditoria no correr da mesma. A disposição contida no Artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 e suas posteriores alterações tem como finalidade determinar que seja lavrado no domicílio fiscal do impugnante, ou seja, que não se lavre ação fiscal fora da jurisdição do contribuinte. Não significa, que deve ser lavrado no endereço do contribuinte. Além do mais a infração, muitas vezes, é constatada na repartição, a partir das informações do contribuinte através de suas declarações, o que enseja a intimação ao contribuinte para esclarecimentos e mesmo a auditoria no seu próprio estabelecimento. No tocante ao fato de não ter participado dos trabalhos de auditoria não constitui cerceamento ao princípio da ampla defesa. A defesa é o ato do impugnante para afirmar que a infração a ele imputada não procede. Ora, durante os trabalhos de auditoria não existe imputação de infração, mas apenas levantamento de informações para confirmar ou não os indícios e infração. Só com o auto de infração, notificado ao contribuinte, surge a imputação da infração, garantindo, a partir de então, o direito da ampla defesa.

Assim, não cabe declarar a nulidade prevista no inciso II, do Artigo 59, do diploma processual tributário, pois, comprovado e demonstrado foi, não



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

houve cerceamento de direito de defesa, nem a sua preterição, sendo prova contundente, a impugnação tempestiva que se aprecia, ocasião processual para infirmar as afirmações do autuante, juntando as provas idôneas.

MÉRITO

Não procede a alegação de mérito de que as parcelas de R\$ 100.000,00 de fevereiro e de R\$ 65.000,00 em março não constituem distribuição de lucro e, sim, devolução de empréstimos feitos pelo titular a empresa. E não procede por não acontecer tais empréstimos entre titular ou sócios e a empresa. Mas por falta de prova, quer documental quer dos seus próprios livros contábeis. Não se pode aceitar a alegação desacompanhada de prova. O próprio contribuinte em sua impugnação confessa expressamente a sua inexistência:

Evidentemente que não existe a preocupação de documentar tais operações, pois, as necessidades de pagamentos vão surgindo a cada dia e, para não ficar inadimplente com fornecedores ou clientes, tais obrigações vão, ao longo do tempo, sendo quitadas pelos sócios ou titulares de firma individual.

Sem a documentação idônea a própria escrituração contábil fica desprovida de validade e não tem força probante perante a legislação do Imposto de Renda. Não apresentou o impugnante como já foi afirmado a prova do empréstimo e sua contabilização que pudesse justificar a devolução do mesmo.

A jurisprudência socorrida pelo impugnante não tem aplicação ao caso, pois, não se trata de lançamento com base em saldos de extratos bancários, como base de cálculo e fato gerador do lançamento. O extrato bancário apenas comprova uma operação de pagamento ou transferência de valores e são justamente os pagamentos e as transferências que constituem a base do



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

lançamento, caracterizados como distribuição de lucros ao titular, já que, intimado, não comprovou tratar-se de desembolsos de classificação contábil-fiscal diferente.

No tocante aos juros superiores a 12% a.a. como inconstitucionais, não procede a pretensão de limitação do impugnante. A limitação constitucional de 12% ao ano previsto no Art. 192, § 3º, da Constituição Federal, não procede por estar tal limitação no capítulo do Sistema Financeiro Nacional, do Título VV – Da Ordem Econômica e Financeira, sem qualquer referência à Tributação, inclusive pendente de regulamentação. A legalidade da taxa SELIC decorre do próprio Código Tributário Nacional, Art. 161, § 1º, pois, com edição da Lei nº 9.065/95, houve a determinação de uma taxa de juros de mora – SELIC – estando plenamente apoiada na legislação de regência, sendo incabível a alegação da impugnante de que os juros deveriam ser limitado em 1% ao mês visto que o § 1º do Artigo 161 do CTN dispõe “se a lei dispuser de modo diverso” e, como a Lei nº 9.065/95, estabelece as normas de cobrança de tais encargos, está a respectiva exigência perfeitamente de acordo com a legislação aplicável.

Quanto à intimação pessoal do advogado para participar do julgamento, deve ser esclarecido que no julgamento de primeira instância não há sustentação por parte de advogado, cabível apenas na segunda instância. Nesta instância, a defesa é escrita e por meio de provas. Deve ser indeferida a pretensão do impugnante.

CONCLUSÃO

Considerando que o processo está revestido das formalidades legais: considerando a competência que me é atribuída pelo Art. 25, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo Art. 1º da Lei nº 8.748/93, e a atribuição do Art. 5º, item I, da Portaria MF nº 384/94, e face ao exposto, DECIDO:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

I – Acolher a Impugnação, por tempestiva a sua apresentação;

II – Não acolher as preliminares de nulidade, por cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, visto que o mesmo nasce com a intimação ao impugnante, notificando-o da infração e os fatos alegados não se enquadram no disposto do Artigo 59 do diploma processual tributário;

III – Indeferir o pedido de participação do advogado no julgamento, na primeira instância, já que toda a sustentação da defesa deve ser por escrito e com a juntada da documentação probante das alegações de mérito;

IV – No mérito, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração IRRF (Fls. 03/08), lavrado contra a empresa JOSÉ AUGUSTO DE OLIVEIRA, CNPJ 05.209.499/0001-65, para exigir-lhe o crédito tributário nele formalizado, acrescido da multa de ofício e dos juros de mora calculados à época do pagamento.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O Recorrente inconformado com a decisão da DRJ interpôs Recurso Voluntário fls. 321 a 345, no qual apresenta sua razão de fato e de direito.

DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso é tempestivo, uma vez que a recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância em 30 de agosto de 2001, tendo como “dies a quo”, a data de 31.08.01 e “dies ad quem” a data de 29.09.01, portanto, devidamente protocolado até esta data, o presente acha-se, tempestivo.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

O Auto de Infração lavrado por Fiscal, com base no exame e auditoria fiscal dos documentos contábeis e fiscais, examinando livros diário, razão, conta caixa, lançamentos contábeis, documentos bancários, notas fiscais de entrada e saída, livros fiscais e diversos documentos contábeis e fiscais, não tem validade jurídica, sendo nulo o auto de infração se o Auditor não for um profissional habilitado na área contábil e registrado no CRC – Conselho Regional de Contabilidade.

Súmula do C.F.C. – Conselho Federal de Contabilidade nº 560 de 28.10.83, Art. 3º, item 36 e § 1º:

“Art. 3º - São atribuições privativas dos profissionais da contabilidade:

36 - Fiscalização tributária que requeira exame e interpretação de peças contábeis de qualquer natureza.

§ 1º - São atribuições privativas dos contadores Fiscalização tributária que requeira exame e interpretação de peças contábeis de qualquer natureza.”

A Jurisprudência pátria também já manifestou-se a respeito do assunto, entendo ser nulo o auto de infração lavrado por Auditor Fiscal, que não seja formado em contabilidade, através dos seguintes julgados:

TRF – nº 3.522 – SP, 3ª Turma DJU DE 27.06.79, página 5013.

TRF – nº 5.032 – BA, 1ª Turma DJU de 03.06.82, página 5394.

TRF – nº 43.309 – RJ, 1ª Turma DJU DE 29.09.77, página 6631.

RE – nº 79.149 – MG, RTJ 99/77-79.

STF – nº 94.525 – SP, RTJ 105/1.115/1.119.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43

Acórdão nº : 102-45.797

Portanto, faltando habilitação legal profissional para exame de livros contábeis e fiscais do contribuinte, o auto de infração e a respectiva notificação fiscal ou de lançamento fiscal, é nulo e sem valor jurídico, “pleno jure” e “ex tunc.”

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Recorrente reiterou os argumentos da impugnação.

DISTRIBUIÇÃO IRREGULAR DOS LUCROS AO TITULAR DA RECORRENTE

O Recorrente reiterou os argumentos da impugnação.

DO PEDIDO

- a) Em relação às preliminares, que sejam declarados nulos os autos de infração por ter o Auditor atuante cerceado o direito de defesa da recorrente;
- b) Caso haja entendimento diverso dessa corte, que seja acatada o presente recurso, julgando procedente;
- c) Em relação aos valores de R\$ 100.00,00 e R\$ 65.000,00 tributadas como omissão de receitas e distribuição de lucros realizados sem a respectiva tributação, que sejam canceladas os lançamentos a eles referentes por tratar-se de empréstimos do titular para a empresa que foram devolvidos posteriormente;
- d) A intimação pessoal do Advogado da recorrente para acompanhar o julgamento;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43

Acórdão nº. : 102-45.797

e) Em relação ao índice de juros, que seja cancelada a parte que supera os 12% ao ano conforme está estabelecido na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, e em relação a taxa SELIC que seja corrigido os tributos pelo IGPM.

O Recorrente apresentou relação de bens e direitos para procedimentos de arrolamento dos mesmos fls. 346 a 365, para fins de garantia de instância recursal na forma da legislação em vigor.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 10240.000469/00-43
Acórdão nº. : 102-45.797

V O T O

Conselheiro CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A inconformidade da decisão recorrida, segundo o pedido constante do recurso voluntário é a seguinte:

- a) Em relação às preliminares, que sejam declarados nulos os autos de infração por ter o Auditor autuante cerceado o direito de defesa da recorrente;
- b) em relação aos valores de R\$ 100.000,00 e R\$ 65.000,00 tributados como omissão de receitas e distribuição de lucros realizados sem a respectiva tributação, que sejam cancelados os lançamentos a eles referentes por tratar-se de empréstimos do titular para a empresa que foram devolvidos posteriormente;
- c) a intimação pessoal do Advogado da recorrente para acompanhar o julgamento;
- d) em relação ao índice de juros, que seja cancelada a parte que supera os 12% ao ano conforme está estabelecido na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, e em relação a taxa SELIC que sejam corrigidos os tributos pelo IGPM.

Na apreciação do pedido do Recorrente, desenvolverei a fundamentação e motivação do voto na mesma seqüência, como segue:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43

Acórdão nº : 102-45.797

PRELIMINARES (item a)

- Da nulidade do auto de infração:

- É inerente ao cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional o exame de livros e documentos contábeis, conforme preceitua o Art. 911 do RIR/99, cuja a matriz legal é o Art. 7º da Lei nº 2.354/54;

- A Medida Provisória nº 2.175-29, de 24/08/01 trata da reestruturação da carreira Auditoria do Tesouro Nacional (além, também das carreiras Auditoria Fiscal da Previdência Social e Auditoria Fiscal do Trabalho), e no Art. 6º o ato legal, trata das atribuições do Auditor Fiscal da Receita Federal – AFRF, anteriormente chamado Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional – AFNT, e a sua habilitação ao exercício da profissão é o ingresso na carreira de Auditor Fiscal da Receita Federal.

- Da não identificação da origem da ação fiscalizadora:

O Art. 7º do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, determina que o procedimento fiscal tem início com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente (Auditor-Fiscal da Receita Federal) cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

- Consta do processo (fl. 01) que o Recorrente foi notificado através de Mandado de Procedimento Fiscal do escopo do trabalho a ser executado, em conformidade com os termos da Portaria SRF nº 1.265, de 22/11/99.

G 5



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43

Acórdão nº : 102-45.797

- Do cerceamento do direito de defesa:
- O Recorrente teve acesso ao processo, o auto de infração descreve e enquadra a infração cometida pelo Recorrente, os trabalhos de auditoria foram desenvolvidos com base no livro caixa e na documentação de suporte apresentada pela Recorrente;
- As alegações feitas pela Recorrente do cerceamento do direito de defesa não constam das disposições legais da processualística administrativa fiscal, prevista no Art. 59, do Decreto nº 70.235/72.

MÉRITO (item b)

Consta do processo, declaração do titular da firma individual (Sr. José Augusto de Oliveira – Fl. 106) que os cheques nºs 011.587 e 011.588 nos valores de R\$ 100.000,00 e R\$ 65.000,00 respectivamente, foram distribuídos ao seu titular como lucros, submetendo-se desta forma, à incidência do imposto de renda na fonte, conforme previsto no Art. 650 do RIR/94, cuja matriz legal é o Art. 20 da Lei nº 8.541/92, tendo em vista que a Recorrente é optante pelo lucro presumido, e não demonstrou a apuração do resultado com base na escrituração comercial e ou livro caixa, impossibilitando verificar se o lucro distribuído ultrapassa o lucro presumido, após a dedução dos impostos correspondentes.

A Recorrente alega que esses valores, dizem respeito a devolução de empréstimos anteriormente concedidos pelo titular da empresa, entretanto, não traz ao processo nenhuma prova inequívoca dessas operações, até porque não apresentou a escrituração comercial (livro diário e razão), e o livro caixa apresentado, não atende as normas contábeis de escrituração, porque não individualiza cada operação efetuada com o respectivo histórico e à apresentação

95



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

da correspondente documentação de suporte da operação realizada (Art. 18 da Lei nº 8.541/92).

A simples alegação de que trata-se de operação de empréstimo, sem à apresentação da prova documental na fase impugnatória, preclui o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual (Art. 16, § 4º do Decreto nº 70.235/72).

A verdade material é um dos princípios basilares do processo administrativo tributário, conseqüentemente, o julgador administrativo respalda a sua decisão nas provas que o contribuinte traz aos autos.

A exigência da verdade material é a busca pela aproximação entre a realidade factual e a sua representação formal, possibilitando a confrontação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência que se materializa na escrituração comercial (livro diário, razão e/ou livro caixa, corretamente escriturado).

Do mesmo modo que o Art. 9º do Decreto nº 70.235/72, estabelece a obrigatoriedade de a autoridade fiscal suportar por provas os fundamentos do lançamento, atribui também ao contribuinte, no inciso III do Art. 16 deste mesmo Decreto, o ônus de provar as alegações que se oponham ao ato administrativo fiscal, repartindo o ônus da prova, com o fito de inadmitir a mera alegação e a negação genérica.

INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO (item c)

O processo administrativo fiscal, possui o seu rito próprio, e em conformidade com os Arts. 23 e 37 do Decreto nº 70.235/72 não existe previsão para a intimação pessoal do advogado para acompanhar o julgamento.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 10240.000469/00-43
Acórdão nº : 102-45.797

JUROS SUPERIORES A 12% AO ANO (item d)

O parágrafo 1º do Art. 161 do Decreto nº 70.235/72 estabelece que os juros serão calculados à taxa de 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso.

Com base no Art. 13 da Lei nº 9.065/95, os juros de mora passaram a refletir a variação da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, e a apreciação da constitucionalidade ou não da lei regularmente emanada é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Baseado no acima exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares argüidas, e, no mérito negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 05 de novembro de 2002.

CÉSAR BENEDITO SANTA RITA PITANGA