

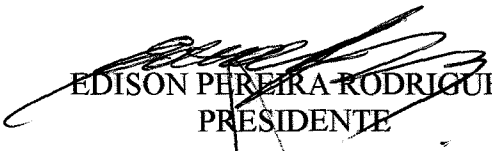
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10280.005287/92-38
RECURSO Nº. : 108.454
MATÉRIA : IRPJ - EXS: DE 1990 A 1992
RECORRENTE : SISTEMA MINERAÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRF EM BELÉM(PA)
SESSÃO DE : 16 DE ABRIL DE 1997
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

IRPJ - LANÇAMENTO - ARBITRAMENTO DE LUCRO - O lucro líquido apurado na forma do artigo 400, § 6º, do RIR/80 deve ser adicionado a base de cálculo do imposto somente quando esta base for calculada na forma presumida ou arbitrada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **SISTEMA MINERAÇÃO LTDA.**

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


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 MAI 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL, SANDRA MARIA FARONI e CELSO ALVES FEITOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

RECURSO Nº. : 108.454
RECORRENTE : SISTEMA MINERAÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

A empresa **SISTEMA MINERAÇÃO LTDA.** inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 00.744.250/0001-36, inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal em Belém(PA), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a reforma da decisão recorrida.

No recurso voluntário, de fls. 272/281, a recorrente levanta as preliminares de nulidade do Auto de Infração pelo fato de o mesmo ter sido lavrado fora do estabelecimento da autuada e pela falta de comprovação de que os auditores fiscais são contadores para promover a perícia contábil e, ainda, a preliminar de nulidade do julgamento de 1º grau por ter sido proferida por servidor não competente para a prática do ato - artigo 25, inciso I do Decreto nº 70.235/72.

No mérito, argumenta que a decisão de 1º grau inovou o feito porquanto a exigência inicial estava fundada no artigo 400, §§ 2º, 5º, 6º e 7º do RIR/80 e que a decisão recorrida mudou o fundamento legal da exigência para o artigo 400, § 4º, do mesmo RIR/80.

Acrescenta que inexistindo receita omitida porque a empresa estava com suas atividades operacionais paralisadas e inexistindo receita omitida não cabe arbitramento de lucro e que descabe, também, a aplicação da multa agravada, por não estar caracterizada a fraude ou dolo e da multa de mora pelo atraso na entrega da declaração de rendimentos, concomitantemente, com a multa de ofício.

Ao final, solicita seja produzida prova pericial, com amparo no artigo 17 e seus §§ do Decreto nº 70.235/72 e artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, especialmente

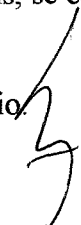


MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

quanto a formação profissional dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional e que caso sejam Bacharéis em Ciências Contábeis, se estão regularizados perante ao CRC/PA.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

V O T O

Conselheiro KAZUKI SHIOBARA - Relator

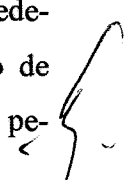
O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e portanto deve ser conhecido por esta Câmara.

Não procedem as preliminares de nulidade do Auto de Infração argüidas pela recorrente e relativamente a lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento da autuada e falta de comprovação da formação profissional de contador dos autuantes.

Com efeito, a autuada além de não possuir escrituração contábil e fiscal como comprovam livros e documentos apresentados após a lavratura do Auto de Infração e que foram anexados aos autos. Os elementos que serviram de base para a autuação foram obtidos através do trabalho de auditoria e pesquisa em outras empresas e repartições, tais como, Junta Comercial, Líder Taxi Aéreo S/A e estabelecimentos bancários e assim, é evidente que o Auto de Infração não só poderia como poderia ser elaborado fora do estabelecimento do contribuinte.

Por outro lado, o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, regularmente nomeado pela autoridade competente, após a aprovação em Concurso Público, em duas etapas, está habilitado legalmente a proceder a auditoria em empresas selecionadas para a fiscalização e, portanto, o exercício da função de auditoria fiscal independe de sua formação profissional. O exercício no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional assegura a competência legal para proceder a auditoria.

Quanto a preliminar de nulidade de decisão de 1º grau pelo fato de a decisão recorrida ter sido assinada pela Chefe da Divisão de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal não caracteriza nulidade do feito porquanto o titular daquela Divisão tem delegação de competência para proferir o julgamento no lugar do Delegado. Em verdade, houve uma pe-



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

quena impropriedade na assinatura por não ter mencionado o ato de delegação de competência mas esta falha não acarreta a nulidade. O ato de delegação, certamente, existe e para sanar a falha bastaria a indicação do número do ato de delegação de competência ou a anexação da cópia do referido ato.

Quanto ao mérito e a alegação de inovação do feito, procedem as razões expendidas pela recorrente.

Com efeito, no Auto de Infração a exigência foi capitulada nos artigos 399, inciso III, 400 e seus §§ 2º, 5º, 6º e 7º do RIR/80 e a decisão de 1º grau converteu a capitulação no § 4º do mesmo artigo 400 do RIR/80.

Quanto ao lançamento, a fiscalização entendeu que nos dois primeiros exercícios, de 1990 e 1991, a autuada não teve receita operacional e arbitrou ou lucro com base no valor do Capital Social Registrado e, sob o fundamento de falta de apresentação dos livros fiscais e comerciais e, no último exercício, de 1992, face a constatação de que a autuada efetuou pagamentos pela aquisição e pelo fretamento de aeronave e, ainda, pelo pagamento de passagens junto a empresa Líder Taxi Aéreo S/A, no montante de Cr\$ 967.784.930,00, foi arbitrado o lucro em 50% (cinquenta por cento) da receita omitida, tudo com respaldo no artigo 399, inciso III e 400, §§ 2º, 5º, 6º e 7º do RIR/80.

Os dispositivos legais que respaldam a exigência rezam “verbis”:

“Art. 399 - A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando:

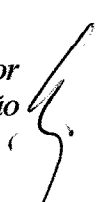
...

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros ou documentos da escrituração à autoridade tributária.

Art. 400 - A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentual da receita bruta, quando conhecida:

...

§ 2º - O Ministro da Fazenda poderá fixar percentagem menor que a prevista no parágrafo 1º para atividades em que a relação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

entre o lucro bruto e a receita de vendas ou de serviços for notoriamente inferior àquele limite.

...

§ 5º - O lucro arbitrado, sem quaisquer deduções, será a base de cálculo do imposto.

§ 6º - Verificada a ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos."

§ 7º - O arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis."

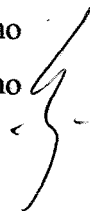
Assim, o fundamento do arbitramento era a recusa na apresentação dos livros ou documentos da escrituração mas esta irregularidade foi sanada após a autuação, conforme informação constante de fls. 252.

Os mencionados livros e documentos comprovam que autuada não registrou qualquer receita operacional e daí a confirmação de que a empresa encontrava-se TOTALMENTE PARALISADA, como alegada na impugnação, às fls. 255 e a informação fiscal, de fls. 258/260, contrapõe a este argumento, apenas, com relação ao exercício de 1992, nos seguintes termos:

"2. Quanto ao fato do impugnante argumentar que a empresa encontra-se total paralisada é totalmente falso, uma vez que as provas anexas ao presente processo demonstram que a autuada teve um gasto no ano-base de 1991, no montante de Cr\$ 967.784.930,00.

3. Em relação ao movimento financeiro da autuada, o impugnante não comprovou a origem dos recursos necessários para a realização dos gastos retro mencionados, sendo considerado portanto, Omissão de Receita, conforme Auto de Infração."

Além disso, ainda na fase de auditoria, os autuantes examinaram os extratos de conta corrente bancária, de fls. 17/26, onde constam alguns pequenos depósitos mas como não encontraram indícios de omissão de receitas, tais depósitos não foram considerados como



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

receitas omitidas, fato que caracteriza o reconhecimento de que a autuada não percebeu qualquer receita operacional ou ganhos de capital, nos exercícios de 1990 e 1991.

Assim e não tendo sido demonstrada a ocorrência de omissão de receita operacional ou ganhos de capital, estaria comprovada a alegação de total paralisação da empresa e, portanto, não vejo como imputar o arbitramento de lucro, ainda que com base no Capital Social, pois inexistindo receita operacional ou ganhos de capital, não cabe aplicação de presunção de existência de lucro.

Quanto ao exercício de 1992, efetivamente, a fiscalização comprovou que a autuada efetuou pagamentos pela aquisição e fretamento de aeronave e, ainda, pagamento de passagens aéreas, tudo para a Líder Taxi Aéreo S/A e, por via de consequência, se a empresa tinha disponibilidade econômica e jurídica de Cr\$ 967.784.930,00 e não logrou comprovar que este numerário tem outra origem que não a receita operacional ou ganhos de capital, é perfeitamente lícita a presunção de que tenha sido originada de receita omitida.

Entretanto, o lucro líquido correspondente a 50% (cinquenta por cento) da receita omitida, consoante legislação tributária vigente e jurisprudência administrativa firmada, só pode ser adicionado ao lucro tributável, quando o regime de tributação seja ou tenha sido reclassificado para a modalidade de tributação com base no lucro presumido ou arbitrado e, no caso dos autos, no exercício de 1992, a fiscalização não efetivou o arbitramento do lucro.

De fato, o parágrafo 6º do artigo 400 do RIR/80, é taxativo quando expressa “*verbis*”:

“§ 6º - Verificada a ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos.”

A jurisprudência deste Primeiro Conselho de Contribuintes tem sido trilhada no sentido de que como o Código Tributário Nacional estabelece que a base de cálculo do imposto é o montante do lucro real, presumido ou arbitrado e assim, a adição do lucro líquido,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

a que se refere o § 6º, do artigo 400 do RIR/80 está autorizada apenas nas hipóteses em que a base de cálculo tenha sido apurado de forma presumida ou arbitrada.

Na hipótese dos autos, embora tenha sido arbitrado o lucro nos exercícios de 1990 e 1991, no exercício de 1992 não foi arbitrado o lucro e foi considerado que o lucro líquido a adicionar ao lucro arbitrado como lucro arbitrado.

No Voto condutor do Acórdão nº 101-90.482, de 03 de dezembro de 1996, o eminente relator Jezer de Oliveira Cândido focaliza com precisão, a matéria similar a dos autos, onde expressa:

“O mais relevante e fundamental na presente questão é que o fisco tributou a omissão de receita com base no lucro arbitrado, entretanto, NÃO EFETUOU O ARBITRAMENTO DO LUCRO, o que, no meu entender, macula o procedimento fiscal, tornando-o insubsistente.

Não se pode tributar omissão de receita com base no lucro arbitrado, quando o fisco não efetiva o ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Se as atividades da recorrente não propiciavam a opção pelo lucro presumido ou como microempresa (embora, tal pressuposto não esteja apoiado em provas concretas, no caso dos autos), o fisco deveria arbitrar o lucro da empresa (aplicando os percentuais previstos na Portaria Ministerial 22/79) e tributar, em seguida a omissão de receita com fulcro no § 6º do artigo 400 do RIR/80.”

Não há dúvida que a adição de 50% da receita omitida, a título de lucro líquido só admissível quando a tributação é efetivada com base no lucro presumido (artigo 396 do RIR/80) ou no lucro arbitrado (art. 400, § 6º do RIR/80), conforme entendimento adotado pela própria administração fiscal no Parecer Normativo CST nº 19/87.

Assim, entendo que o lançamento estava contaminado por vício formal, desde o seu início, embora as irregularidades tenham sido convenientemente descritas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

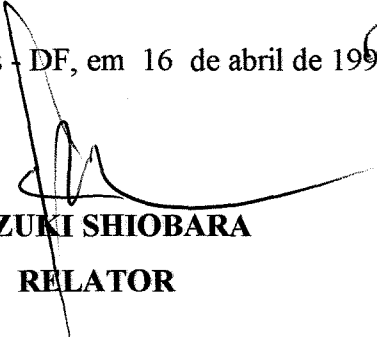
PROCESSO Nº : 10280.005287/92-38
ACÓRDÃO Nº : 101-90.923

Para piorar a situação, a decisão recorrida, na tentativa de sanar o vício, reenquadrou a infração no artigo 400, § 4º, do RIR/80, ou seja, arbitramento de lucro na modalidade de arbitramento de lucro com base em outros elementos por não conhecida a receita bruta.

Com estas considerações e exame criterioso da legislação tributária que rege a matéria, não vejo como prosperar a exigência, tal como foi formulada no Auto de Infração e posteriormente modificada na decisão recorrida, embora as irregularidades cometidas pela recorrente estejam suficientemente descritas e apesar os esforços que foram dispendidos pela digna auditoria da Secretaria da Receita Federal.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 16 de abril de 1997



KAZUKI SHIOBARA
RELATOR