

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

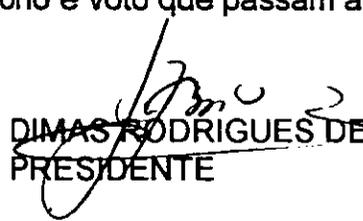
Processo nº. : 10467.003319/95-43
Recurso nº. : 12.836
Matéria : IRF - ANOS: 1992 e 1993
Recorrente : METALURGICA JACY S/A
Recorrida : DRJ em RECIFE - PE
Sessão de : 14 DE JULHO DE 1998
Acórdão nº. : 106-10.276

IRFON - LANÇAMENTO POR PRESUNÇÃO - Não é cabível apelar-se às presunções para respaldar lançamento de imposto de renda na fonte que tenha por base legal o art. 7º, item II, da Lei nº 7.713, de 22.12.88, combinado com o art. 3º, da Lei nº 8.134, de 27.12.90.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por METALURGICA JACY S/A.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE


LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 AGO 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, HENRIQUE ORLANDO MARCONI, RICARDO BAPTISTA CARNEIRO LEÃO, ROMEU BUENO DE CAMARGO e ROSANI ROMANO ROSA DE JESUS CARDOZO.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276
Recurso nº. : 12.836
Recorrente : METALURGICA JACY S/A

RELATÓRIO

Contra METALÚRGICA JACY S/A, foi lavrado Auto de Infração para exigência do crédito tributário relativo a Imposto de Renda Retido na Fonte, anos de 1992 e 1993, no valor de 717.975,25 UFIR. Decorreu o lançamento, com base legal no art. 7º, item II, da Lei nº 7.713, de 1988, da falta de recolhimento na fonte de rendimentos pagos ou creditados por pessoa jurídica a pessoas físicas, apurados pelo fisco a partir de: a) saques sem registro contábil, sem identificação da causa que lhes dei origem e sem identificação dos beneficiários dos recursos; b) débito em conta corrente, lançado no mês de agosto/92, Ademais, foi o contribuinte cientificado a ajustar sua contabilidade em função das irregularidades apontadas, de modo a que tais incorreções não viessem a provocar reflexos tributários futuros.

Em impugnação tempestiva, defende-se a autuada, com os alegações assim resumidas:

a) a auditoria fiscal foi motivada por razões de natureza não tributária, que manifestamente refogem à competência da Receita Federal e se estendeu penosamente por prazo excessivamente longo, de quase dezessete meses, sem que para tanto tenha contribuído a Impugnante,

b) cerceamento do direito de defesa, porque o prazo para impugnar foi desproporcional ao tempo da investigação fiscal. requerendo-, a dilação do prazo de defesa por mais trinta dias, no mínimo, de sorte a admitir a oportuna apresentação de considerações e elementos complementares, tal como, mutatis mutantis", foi permitido ao nobre representante da Receita Federal



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

c) no mérito, o projeto industrial, além de aprovado pela SUDENE, era condizente com as diretrizes, normas e parâmetros que disciplinam o FINOR" (fl. 1.439), e os valores liberados pelo FINOR decorreram de investimentos formalmente aprovados pela SUDENE;

d) os valores tidos como apropriado pelos administradores foram utilizados em gastos destinados à instalação e operação da empresa, conforme detalhes de operações financeiras e bancárias apresentados, que leio em sessão.

e) os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada prestigiados na Constituição impedem que se tribute por presunção;

f) a tributação com base no art. 7º, item II, da Lei nº 7.713/88 somente seria possível como tributação reflexiva do IRPJ.

g) não houve ilícito tributário, mas, em tese, o crime de subtração de capital.

Ao final, requer genericamente perícias e diligências. Em seguida à impugnação, a autuada juntou cópia de sentença proferida em ação judicial em que litigou com uma de suas fornecedoras, a U.M. Cifali Construções Mecânicas Ltda.

A decisão de primeiro grau, proferida pelo Delegado de Julgamento de Recife, indeferiu o pedido de perícia e manteve integralmente a exigência tributária, sob os fundamentos assim resumidos:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

a) não houve cerceamento do direito de defesa, pois, a teor do art. 15 do Decreto nº 70.235/72, com a redação modificada, pela Lei nº 8.748/93, o prazo para impugnação é fixo, sem possibilidade de prorrogação;

b) os recursos repassados pelo FINOR não foram gastos nas finalidades próprias, conforme análise minuciosa que o julgador faz dos documentos acostados ao auto de infração, que leio em sessão, com ênfase na falta de registro contábil das operações.

c) é válida a tributação por presunção, conforme doutrina citada, que leio em sessão.

d) crime de subtração de capital não houve porque os desembolsos efetuados pela impugnante tiveram como contrapartida contábil contas do Ativo.

Em seu tempestivo recurso a este Conselho, a autuada:

a) renova a preliminar de cerceamento de direito de defesa;

b) alega que a condenação, tal como colocada pelo julgador monocrático, só subsiste se presente o concurso cumulativo de três condições fundamentais, quais sejam a efetiva existência de certos saques nas contas bancárias da Recorrente, a não contabilização de tais saques e a comprovação de apropriação pelos administradores da Recorrente das quantias sacadas;

c) discorre sobre os saques bancários e a destinação a eles dada, conforme argumentos que leio em sessão, buscando justificar a correção de seu procedimento;

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

d) reporta-se a ação judicial em que litigou com uma de suas fornecedoras e, a final, venceu, para demonstrar que se não houve fornecimento de parte dos bens destinados às suas instalações, a falha não lhe pode ser atribuída;

e) ataca novamente a utilização da presunção como base para o lançamento.

Em contra-razões o Procurador da Fazenda Nacional limita-se a requerer a confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

VOTO

Conselheiro LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES, Relator

Conheço do recurso, por tempestivo. É certo - pois disso há farta prova nos autos - que a firma recorrente malversou recursos públicos do FINOR, que lhe foram liberados dentro da política de incentivos fiscais à instalação de indústrias no Nordeste, patrocinada pela União, por intermédio da SUDENE. Para obter tais recursos, a autuada apelou para procedimentos ilícitos como a aquisição de bens de capital de empresas fantasmas ou em situação irregular, falsificação de documentos e pagamento a empresa vinculada por serviços não prestados. Tais procedimentos, embora acarretem a responsabilidade civil e penal da empresa e seus controladores e recomendem, por sua gravidade, a pronta ação do Poder Público, nem sempre importam em responsabilidade tributária, ao menos sob o tipo legal enunciado no auto de infração.

Com efeito, a exigência fiscal remete ao art. 7º , item II, da Lei nº 7.713, de 22.12.88, *verbis*:

Art. 7º - Ficam sujeitos à incidência do Imposto sobre a Renda na fonte, calculado de acordo com o art. 25 desta Lei:

[...]

II – os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

O comando legal se completa com o art. 3º, da Lei nº 8.134, de 27.12.90, *verbis*:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

Art. 3º - O imposto de renda na fonte, de que tratam os arts. 7º e 12 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, incidirá sobre os valores efetivamente pagos no mês (grifei).

Portanto, para que o fato imponível corresponda à hipótese de incidência eleita pelo autuante faz-se mister que os rendimentos: a) sejam pagos ou creditados por pessoa jurídica; b) sejam percebidos por pessoas físicas; c) tenham sido efetivamente pagos.

Convém determo-nos no último requisito apontado, para fixarmos o alcance do advérbio *efetivamente*. O adjetivo *efetivo*, do qual o advérbio deriva, tem, segundo o Dicionário Aurélio, os seguintes significados: *que se manifesta por um efeito real; positivo; que merece confiança; seguro, firme*. Em qualquer de suas acepções, o vocábulo afasta a idéia de dúvida e incerteza, que está na base da idéia de presunção, legal ou não.

Especificamente sobre o fato gerador do imposto de renda, BULHÕES PEDREIRA, citado por GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO, extrema a modalidade presumida da modalidade efetiva, *verbis*:

Disponibilidade jurídica é a **presumida por força de lei**, que define como fato gerador do imposto a aquisição virtual, e **não efetiva**, do poder de dispor.

(in *Caderno de Pesquisas Tributárias*, vol. XI, p. 183).

Por conseguinte, a disponibilidade que se exige, na espécie, é a disponibilidade econômica, que se traduz na aquisição segura, incontestada, dos rendimentos.

Colocadas essas premissas, vemos que a prova dos autos deixa fundadas dúvidas quanto ao atendimento de dois dos requisitos apontados. A uma, não é rigorosamente certo que apenas pessoas físicas possam ter se beneficiado

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

dos recursos desviados pela Recorrente. Os autos dão notícia de uma lide judicial em que a Recorrente e outra empresa, a U.M. Cifali Construções Mecânicas Ltda., litigam perante a Justiça Estadual de Pernambuco em torno do contrato de compra e venda mercantil, ligados ao fornecimento de bens necessários à instalação e operação da Recorrente inadimplido pela fornecedora. A sentença do Juiz de Direito (fls. 1.516/22), confirmada pelo Tribunal de Justiça (fls. 1.528), é favorável à Recorrente, pois, ao apreciar reconvenção, manda a empresa sucumbida restituir o preço pago pelos bens não entregues. Nessas condições, não obstante as reservas que possa suscitar o relacionamento entre ambas as empresas, inclusive o fato da U.M.Cifali representar uma terceira empresa, que as diligências fiscais indicam ser fantasma, é razoável supor-se que parte dos recursos transferidos pela SUDENE foram utilizados para os fins próprios.

Ademais, um dos acionistas da Recorrente, justamente o detentor de maior parte do capital, é uma pessoa jurídica, a Metalúrgica Itapoã S/A. Por conseguinte, na linha de raciocínio seguida pelo autuante, firme em presumir que, *não tendo os recursos sido destinados ao pagamento de transações normais da empresa, deles se apropriaram os acionistas administradores (fls.02)*, caberia a conclusão de que também a acionista controladora, detentora de direitos e obrigações idênticos aos administradores, poderia ter-se beneficiado de tal apropriação.

Não resta dúvida que, a final, o proveito reverteria, de forma indireta, para os administradores da Recorrente, que também o são na Metalúrgica Itapoã S/A. Mas não poderia o autuante passar por cima desta para alcançar as pessoas físicas, pois, na prática, estaria desconsiderando a personalidade jurídica da acionista controladora, o que não poderia fazer sem fundadas razões. Aliás, se fosse para ir tão longe, seria mais coerente descaracterizar a personalidade jurídica da própria Recorrente.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

Como se vê, ainda que fosse possível tributar-se a espécie com recurso à presunção, ainda assim não haveria segurança quanto a serem os beneficiários exclusivamente pessoas físicas, como entenderam o autuante e o julgador de primeiro grau. De qualquer sorte, diante da exigência legal de que o pagamentos ou créditos às pessoas físicas tenham sido efetivos e à míngua de prova nesse sentido, o lançamento não pode prevalecer. Tenha-se presente, a propósito, o acórdão unânime proferido pelo Pleno do STF, em 30.06.95, no julgamento do RE 172.058-1 SC, que, embora tenha dirimido controvérsia sobre matéria diferente da espécie, com base legal em outra disposição da Lei nº 7.713/88, o art. 35, declarado em parte inconstitucional, censurou, de forma clara, o uso de presunções para atribuir-se rendimentos a acionistas de sociedades anônimas.

Outro ponto para o qual não atentou devidamente a Fiscalização diz respeito à contradição que se instalou com o lançamento, suscetível de comprometer a apuração da responsabilidade civil da Recorrente. Acredito que a União e a SUDENE irão tomar, se já não o fizeram, as medidas judiciais cabíveis para haverem o ressarcimento dos recursos do FINOR entregues à defendente e por ela malversados e certamente tais medidas serão dirigidas contra a própria empresa, que se obrigou contratualmente com o Poder Público a cumprir com as diretivas que orientam a política de incentivos fiscais em tela.

Se é certo que o lançamento pode abstrair da licitude dos atos praticados pelos contribuintes (CTN, art. 118), não menos certo que, colocando-se para a União a opção entre ressarcir-se da totalidade dos recursos públicos malversados e cobrar imposto de renda sobre os mesmos, parece-me lógico que se inclinará para a primeira alternativa.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

Tais as razões, dou provimento ao recurso voluntário, para declarar extinto o lançamento.

Sala das Sessões - DF, em 14 de julho de 1998

LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES

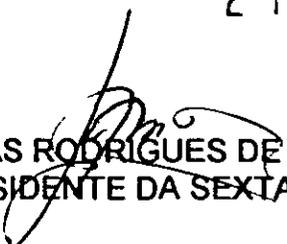
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10467.003319/95-43
Acórdão nº. : 106-10.276

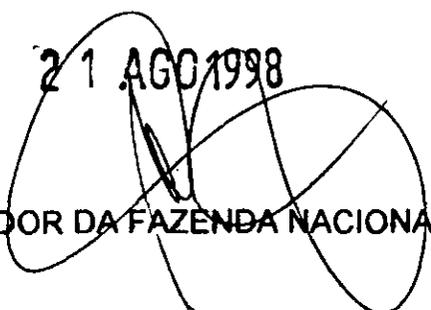
INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes, Anexo II da Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília - DF, em 21 AGO 1998


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE DA SEXTA CÂMARA

Ciente em 21 AGO 1998


PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL