

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10855.001.604/92-31

RECURSO Nº. : 108.282

MATÉRIA : IRPJ - Ex. de 1988.

RECORRENTE : NELSON DE GENARO & CIA LTDA

RECORRIDA : DRF em SORCCA3A- SP

SESSÃO DE : 12 de junho de 1996

ACÓRDÃO Nº : 105-10.488

ESCRITURAÇÃO FISCAL - A adoção do lucro presumido desobriga o contribuinte, perante o fisco federal, de escrituração contábil, mas não de escrituração fiscal, a qual, bem como os documentos pertinentes, devem ser exibidos aos seus agentes.

TRD - Inaplicável no cálculo de juros de mora referente ao período de fevereiro/91 até julho/91.

DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NELSON DE GENARO & CIA LTDA

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, Dar provimento parcial ao Recurso para excluir da exigência o encargo da TRD relativo ao período de fevereiro a julho/91, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA
PRESIDENTE


CHARLES PEREIRA NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 27 AGO 1996

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PROCESSO Nº. : 10855.001.604/92-31
ACÓRDÃO Nº. : 105-10.488

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JORGE PONSONI ANOROZO, JOSÉ CARLOS PASSUELLO, NILTON PÊSS, VICTOR WOLSZCZAK e GILBERTO GILBERTI. Ausente, justificadamente, o Conselheiro AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PROCESSO Nº. : 10855.001.604/92-31
ACÓRDÃO Nº. : 105-10.488

RECURSO Nº. : 108.282
RECORRENTE : NELSON DE GENARO & CIA LTDA

RELATÓRIO

A empresa acima identificada interpõe Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou procedente, em parte, a ação fiscal formalizada no Auto de Infração lavrado às fls.01/14 em virtude de ter sido constatado OMISSÃO DE RECEITA no valor de Cz\$ 2.278.104,00 caracterizada pelo montante de aplicações/dispêndios superior aos recursos, conforme detalhamento no Fluxo de Caixa de fl.04 e Termo de Constatação de fl. 07 a que se refere a folha de continuação do Auto de Infração.

Na impugnação de fls. 22/259 a empresa oferece três preliminares atacando o procedimento fiscal e solicitando sua nulidade. Quanto ao mérito a empresa reforça as preliminares e alega, em síntese, que:

A) não estava obrigada preencher o formulário IRLUP-01, pois não estava obrigada a manter escrituração contábil,

B) preencheu precariamente o referido formulário por pensar tratar-se de meras informações econômico-financeiras, sem consequências tributárias;

C) preocupou-se em manter em seus arquivos apenas os documentos exigidos pelo ICM;

D) não aceita a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos, maquiada de "Fluxo de Caixa" por entender ser essa sistemática muito falha, apontando como exemplo quatro delas:

D-1) o valor de Cz\$ 318.038,00 referente a Pro-Labore, colocado como desembolso, não ocorreu, é um mero valor que serviu de base de cálculo para Contribuição previdenciária;

D-2) conforme prova a Relação de duplicatas Emitidas em 1986 e pagas em 1987, fls.29/30, o total de fornecedores a apagar em 31-12-86 era de Cr\$ 167.242,67

e não Cr\$ 504.929,00. Foram incluídas, por êrro, duplicatas emitidas em 1987 e pagas em 1988;

D-3) conforme prova a relação de Duplicatas Emitidas em 1987 e pagas em 1988, fls 31/35, o total de Fornecedores a pagar em 31-12-87 era de Cz\$ 3.942.485,58 e não de Cz\$ 2.518.772,00. O êrro acima esclarecido repercutiu nesse item, além disso também a empresa deixou de considerar inicialmente as duplicatas pagas em Cartório;

D-4) conforme provam os depósitos em dinheiro no montante de Cz\$ 1.755,000,00 constante do extrato-bancário, fls.250/258, a autuada ao entrar em dificuldades financeiras, após o plano Cruzado, recorreu a empréstimo junto a particulares dando como garantia cheques de sua emissão que depois de pagos eram inutilizados. Em 31-12-87 a autuada estava devendo a particulares o valor acima e que foram depositados no período de 16-11-87 a 29-12-87;

Concluindo que a correção das citadas falhas absorvem totalmente o deficit de caixa apurado pela fiscalização, investe contra a cobrança dos juros apurados com base na TRD.

Após realização de diligência na empresa a Fiscal autuante assim se pronunciou, em síntese, na Informação de fls.277/280:

1- as alegações de nulidade são improcedentes pois as informações fornecidas ao fisco deverão ser a expressão da verdade;

2- o valor de pro-labore foi informado também na Declaração de IRPF, tendo sido esclarecido à autuada que os valores informados no formulário IRLUP-01 deveriam ser os valores efetivamente pagos - regime de caixa;

3- não há qualquer comprovação de empréstimos tomados de particulares. No formulário IRLUP-01 não consta qualquer tipo de empréstimo e os depósitos feitos em dinheiro, fls. 250 a 258, de origem desconhecida, apenas confirmam a Omissão de receitas;

4- estando ilegíveis as datas dos efetivos pagamentos das duplicatas juntadas às fls.36/249, foi efetuada Diligência nos originais da empresa, extensível às notas-fiscais de compras realizadas no período de set/dez de 1986, a fim de comprovar o

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PROCESSO Nº. : 10855.001.604/92-31
ACÓRDÃO Nº. : 105-10.488

real saldo da conta Fornecedores, o contribuinte alegou haver destruído tais notas-fiscais, entendendo, assim, que deva prevalecer o saldo inicialmente informado pela autuada;

5- o saldo de Fornecedores a Pagar em 31/12/87 resultou comprovado em Cz\$ 3.158.926,95, fls. 270/273, e não Cz\$ 3.942.485,58 como quer o contribuinte, a diferença é devido a contagem em duplicidade de Duplicatas, sendo contada uma vez pelo número do documento bancário e outra vez pelo número da própria duplicata, conforme demonstra a relação trazida aos autos pela fiscalização;

6- recalculando a Omissão de receitas, chegou-se ao valor de Cz\$ 1.638.050,00 (hum milhão, seiscientos e trinta e oito mil e cinquenta cruzados).

A decisão singular de fls. 281/282, em consonância com a informação fiscal, acolhe em parte a impugnação.

O recurso de fls. 286/296, reafirma as razões de fato e de direito expendidas na impugnação, acrescentando mais preliminares de nulidade do Auto de Infração e ainda falhas detectada pela empresa na Informação fiscal de 277 a 280 que serão abordadas no voto.

É o Relatório.

VOTO

CONSELHEIRO CHARLES PEREIRA NUNES, RELATOR

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

Processo com instauração e tramitação legal.

Inicialmente rejeito todas as preliminares de nulidade alegadas pela empresa assim sistematizadas resumidamente:

1- ARTIFÍCIO ARDILOSO UTILIZADO PELA EMPRESA - não merece prosperar tal alegativa uma vez que o Termo de Intimação inicial, fl.01, foi lavrado fazendo referência e observando o disposto no art. 677 do RIR, aprovado pelo Decreto nº 85. 450/80, que estabelece a forma interna de início do lançamento de ofício do crédito tributário. Além do que a Intimação ainda esclarecia que a documentação em que se basearia as informações solicitadas deveria ser separada e deixada à disposição da fiscalização para confronto e demais verificações necessárias. Não há pois como pensar tratar-se apenas de informações para mera estatística; a fiscalização só busca informações/esclarecimentos visando detectar infrações à legislação tributária, essa é a praxe conhecida secularmente pelos contribuintes.

2- PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA (Art. 59 do PAF), LITIGANTE DE MÁ FÉ (Art.109 do CTN c/c o Art. 14 do CPC), AMPLA DEFESA E OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO ILÍCITO (Art. 5º, Incisos LV e LVI da CF) - não só pela razões enumeradas no item anterior descabem essas alegativas, como também pelo fato de que, nos termos do artigo 14 do PAF, o LITÍGIO inicia-se somente quando há IMPUGNAÇÃO, em consequência somente a partir desse momento passa a existir a figura dos litigantes. Quanto à produção antecipada de provas não há como classificá-la como ilícita se foram oferecidas pelo próprio contribuinte sem qualquer coação ilegal.

3- ILEGALIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTRO ELEMENTO QUE NÃO OS DADOS PARA VERIFICAÇÃO DA RECEITA BASE DO LUCRO PRESUMIDO (Artigos

391 a 34 do RIR/80 c/c os Artigos 82 e 145, III do CC) - também não se aplica ao caso os dispositivos avocados. Querer que a fiscalização fique restrita apenas à verificação do correto valor de compras informado na declaração, por exemplo, é uma pretensão que dispensa comentários face a sua incompatibilidade com a atividade fiscal, mormente tratando-se de omissão de receita que, por ser de difícil apuração a legislação permite sua prova por indícios, cabendo ao imputado apresentar provas/argumentos mais convincentes. Não há procedimento ou forma contemplados em lei para se apurar omissão de receita, o que existe são determinações legais de como se arbitrar o lucro quando verificada a omissão.

4-DESOBRIGATORIEDADE DE PREENCHER O FORMULÁRIO IRLUP-01 E MANTER LIVRO CAIXA - Concordo que algumas contas não poderiam ser informadas pela empresa por falta de escrituração contábil a que não estão obrigadas a fazer, todavia aqueles valores controlados através de escrituração rudimentar, resumindo-se a assentamentos de controle interno da própria atividade comercial e a valores obtidos dos livros e documentos fiscais a que estava obrigada a guardar, ela tinha possibilidade e obrigação de fornecer à fiscalização, sob pena de assumir o ÔNUS resultante dessa falta de colaboração com a ação fiscal, ainda que todos esses elementos não precisassem ser informados na declaração de IRPJ. Nesse sentido temos o Ac. 1º CC 103-10.682/90 :

ESCRITURAÇÃO FISCAL - A adoção do lucro presumido desobriga o contribuinte, perante o fisco federal, de escrituração contábil, mas não de escrituração fiscal, a qual, bem como os documentos pertinentes, devem ser exibidos aos seus agentes.

5- FALTA DA DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA (Artigo 10, IV do PAF)
- descabe a alegativa uma vez que na FOLHA DE CONTINUAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO, fl.13, a Fiscal integrou explicita e literalmente o TERMO DE CONSTATAÇÃO ao Auto de Infração, fl.07, onde foram capitulados os dispositivos em que se fundou a ação fiscal, inclusive seus pressupostos, não trazendo qualquer prejuízo ao contribuinte que justifique a anulação do Auto de Infração. Na realidade essa capitulação apenas tenta enquadrar os fatos dentro da legislação para melhor compreensão da sua descrição, não

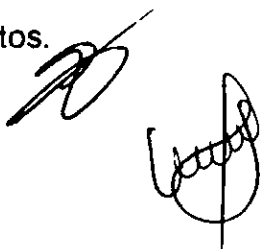
se tratando, ainda, do dispositivo INFRINGIDO pois este quem realmente o define é o próprio artigo que aplica a multa, ou seja o art. 728,II do RIR/80, que consubstancia como tal a DECLARAÇÃO INEXATA por não ter o contribuinte apurado seu lucro presumido nos termos do subtítulo III a que se refere o art. 389 do RIR/80, sendo necessário que o fisco fizesse o lançamento de ofício no termos do art. 676, III, do mesmo dispositivo legal, que inclusive define como DECLARAÇÃO INEXATA também a OMISSÃO DE QUALQUER ELEMENTO QUE IMPLIQUE REDUÇÃO DO IMPOSTO. Não se trata portanto de opção indevida pela tributação com base no lucro presumido, mas de apuração indevida desse lucro. No caso, a fiscalização buscou provar que houve omissão de receitas.

5.1- OS DISPOSITIVOS CITADOS NÃO CORRESPONDEM AOS FATOS (Art. 396 c/c os artigos 389 e 676-III do RIR/80) - Como já foi esclarecido no item 3 retro, a infração denominada omissão de receita é de difícil constatação pois quem a pratica não deixa prova documentada, sendo necessário que o fisco as obtenha de forma indireta ou por indícios. Por isso o Decreto-Lei nº 1.648/78, art.1º, II (art.181 do RIR/80), posterior portanto à Lei nº 6.468/77 (art.396 do RIR/80), esclareceu que Omissão de Receitas prova-se por indícios na escrituração OU QUALQUER OUTRO ELEMENTO DE PROVA.

Portanto não é imperativo que a omissão de receita seja descoberta examinando-se apenas os documentos relativo às receitas. Os dispositivos citados no auto de infração identificam perfeitamente o procedimento adotado pela fiscalização e sua correspondência aos fatos é questão de mérito a ser examinada oportunamente.

6- FLUXO DE CAIXA IMPRECISO, PRESUNTIVO, ILEGAL, ETC - Essa questão também encontra-se relacionada com os todos os itens supra, sendo desnecessário repetir aqueles fundamentos que dão legalidade e legitimidade à forma de produção probatória.

Dizer que o demonstrativo apresentado à fl.04 não é um Fluxo de Caixa e sim uma forma de Demonstração das Origens e Aplicações de recursos exigida pela Lei das S/A em nada descaracteriza o procedimento. Todas as eventuais falhas da fiscalização que a empresa diz existirem devem ser comprovadas com os respectivos documentos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PROCESSO Nº. : 10855.001.604/92-31
ACÓRDÃO Nº. : 105-10.488

As matérias de mérito resumem-se às seguintes:

1- PRO-LABORE - Inaceitável a argumentação de que não houve efetivo desembolso de pro-labore, pois além de não ser obrigado sua existência para pagamento da contribuição previdenciária, como argumenta a recorrente, também seu valor foi informado na Declaração do IR da pessoa física do sócio caracterizando tais recursos como rendimentos reais utilizados para justificar aumento patrimonial, e cumprimento das obrigações financeiras de consumo.

2- FORNECEDORES (DUPLICATAS) - entendo que já foi aproveitado na decisão de primeira instância o que ficou comprovado, nada havendo no recurso que altere aquela decisão.

3- EMPRÉSTIMOS PARTICULARES - Também em relação aos depósitos em dinheiro que a empresa diz ser originário de empréstimo obtidos junto a particulares não há comprovação desse fato.

Finalmente observe-se que os demais valores do fluxo de caixa não foram especificamente contestados.

Resta ainda verificar as alegações relativas ao cálculo dos juros de mora que deve receber o tratamento decidido através do Acórdão CSRF/01-1.773, de seguinte teor:

VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - INCIDÊNCIA DA TRD COMO JUROS DE MORA - Por força do disposto no artigo 101 do CTN e no parágrafo 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a Taxa Referencial Diária - TRD só poderia ser cobrada, como juros de mora, a partir do mês de agosto de 1991 quando entrou em vigor a Lei nº 8.218.

Isto posto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir os encargos da TRD no período de fevereiro/91 a julho/91, devendo os juros de mora serem cobrados nesse período tão-somente à taxa de 1% ao mês ou fração.

Sala das Sessões - DF, em 12 de junho de 1996.


CHARLES PEREIRA NUNES