



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n°. : 10855.004459/2003-36
Recurso n°. : 141.065
Matéria: : IRPF – Ex(s): 1999
Recorrente : FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP II
Sessão de : 22 DE OUTUBRO DE 2004
Acórdão n°. : 106-14.285

PAF. DILIGÊNCIA FISCAL.

Nos termos do art. 18 c/c o art. 28 do Decreto nº 70.235 de 1972, o pedido de diligência, formulado pelo contribuinte na impugnação, deve ser expressamente analisado pelo órgão julgador de primeira instância. A falta de exame do pedido de diligência caracteriza cerceamento do direito de defesa, e causa a nulidade da decisão de primeira instância nos termos do art. 59 do citado diploma legal.

Decisão anulada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de voluntário interposto por FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de Primeira Instância para que outra seja lavrada em boa e devida forma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 06 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ROMEU BUENO DE CAMARGO, LUIZ ANTONIO DE PAULA, GONÇALO BONET ALLAGE, ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

Recurso nº. : 141.065
Recorrente : FABRÍCIO HENRIQUE DE SOUZA

RELATÓRIO

Nos termos do Auto de Infração de fls. 187/190, exige-se do contribuinte acima qualificado, imposto sobre a renda relativo ao ano-calendário 1998 no valor de R\$ 54.275,14, acrescido de multa de R\$ 81.142,71 e R\$ 44.079,70 de juros de mora calculados até 31/10/2003.

As infrações apuradas pelo Auditor Fiscal que ensejaram o lançamento são: a) omissão de rendimentos do trabalho recebidos de pessoas jurídicas, decorrente de pagamentos de honorários ou outros pagamentos ao contribuinte, tendo como origem a empresa Souza e Pires Advogados Associados; b) omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Do lançamento foi cientificado em 17/11/2003, e tempestivamente protocolou a impugnação de fls. 194/232. Seus argumentos foram resumidos pelo relator do voto condutor da decisão de primeira instância, nos seguintes termos:

- o auto de infração é nulo, nos termos do art. 59, I, do Decreto nº 70.235/72, por ter sido praticado por pessoa incompetente, uma vez que o auditor fiscal não observou as disposições em relação ao mandado de procedimento fiscal;
- por ocasião da lavratura do auto de infração não havia mandado vigorando, pois foi expedido um mandado no início da fiscalização e no momento da lavratura do auto de infração e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- notificação, os auditores tentaram sanar a nulidade com os mandados complementares com datas retroativas;
- não foi omissivo, pois sempre atendeu às intimações conforme solicitado. A omissão em tela foi do auditor fiscal que deixou de juntar aos autos a documentação entregue e relatou apenas parte dos fatos, “deixando à margem documentos importantes para o exercício de sua ampla defesa”;
 - para a aplicação da multa qualificada, é necessária a comprovação de fraude. Não pode haver imposição de penalidades por presunção, a materialidade do ilícito deve ficar bem caracterizada;
 - devem ser anulados os lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos antes do mês de outubro de 1998;
 - o auditor fiscal entendeu que os pagamentos efetuados pela pessoa jurídica tratavam-se de pró-labore, apesar de não haver indícios que possam levar a esta conclusão. Conforme declarado, as receitas foram recebidas a título de distribuição de lucros. O valor de R\$ 50.611,00 foi percebido no mês de dezembro à título de distribuição de lucros;
 - no registro contábil da empresa não consta pagamento de pró-labore aos sócios, mas sim uma remuneração na forma de distribuição de lucros;
 - foi considerado pelo auditor, em procedimento fiscal na empresa citada, o total de receita de R\$ 936.342,41. Como a legislação prevê um lucro presumido de 32% para este tipo de atividade, tem-se que a empresa teria um lucro de R\$ 299.629,57 para distribuição, cabendo-lhe 50% deste total, ou seja, R\$ 149.814,78;
 - os indícios levam a concluir que os rendimentos eram distribuição de lucros pois esta era a política da sociedade. Com base nas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- provas dos autos relativos ao lançamento da pessoa jurídica, esta prática pode ser demonstrada;
- os extratos bancários obtidos através de intimação às instituições financeiras devem ser considerados ilícitos, pois não houve de sua parte embaraço algum a fiscalização, conforme o art. 33 da Lei nº 9.430/1996, em que o auditor fiscal se baseou para solicitar os relatórios de movimentação financeira;
 - os limites estabelecidos pelo art. 4º da Lei 9.430/1996 também não foram observados pela autoridade administrativa.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, por unanimidade de votos, manteve a exigência em decisão de fls. 235/248, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. COMPETÊNCIA DO SERVIDOR.

É competente para constituir o crédito tributário o Auditor Fiscal da Receita Federal, por se tratar de atividade obrigatória e vinculada. O Mandado de Procedimento Fiscal, por sua vez, é um instrumento interno de controle administrativo o qual não interfere na competência do auditor para proceder ações fiscais ou constituir créditos tributários, porquanto esta competência é instituída por lei.

DECADÊNCIA.

O prazo para o fisco efetuar o lançamento do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos pelas pessoas físicas e sujeitos a ajuste anual é de 05 (cinco) anos, contados a partir da datada entrega da declaração de ajuste anual, quando apresentada dentro do próprio exercício a que corresponder.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA.

Comprovado o recebimento de rendimentos de pessoa jurídica não informados na declaração de ajuste é de se lançar o imposto decorrente. A simples alegação, desprovida de provas, de que tais rendimentos referem-se à distribuição de lucros não tem o condão de exonerar o contribuinte do imposto lançado.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. RESPONSABILIDADE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

Se após a data prevista para entrega da declaração de ajuste anual, for constatado que não houve retenção do imposto, o destinatário da exigência passa a ser o contribuinte e não mais a fonte pagadora.

PROVAS ILÍCITAS. EXTRATOS BANCÁRIOS.

Tendo sido observadas as regras de requisição de movimentação financeira diretamente às instituições bancárias, conforme lei de regência, não há que se falar em ilicitude das provas assim obtidas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para fins de determinação dos rendimentos omitidos, de acordo com a lei vigente, só não serão considerados os créditos inferiores a R\$ 12.000,00 quando o total anual ficar abaixo de R\$ 80.000,00.

TAXA SELIC.

São devidos os juros de mora calculados com base na taxa SELIC na forma da legislação vigente.

MULTA QUALIFICADA.

Aplicável a multa de ofício qualificada uma vez configurada as circunstâncias previstas no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96.

Dessa decisão o contribuinte tomou ciência (AR de fls. 252) e, na guarda do prazo legal, apresentou o recurso voluntário de fls. 254/297, alegando, em síntese:

- Da preliminar de nulidade da decisão de primeira instância;
- durante o curso da fiscalização o recorrente atendeu a todas as intimações, fornecendo farta documentação à autoridade lançadora, porém, a autoridade, agindo em desrespeito aos princípios vigentes, deixou de colacionar aos autos toda a documentação ofertada, ferindo assim o princípio do devido processo legal e da ampla defesa;
- ao carrear aos autos apenas parte da documentação articulou realidade diversa da apresentada, ferindo assim o princípio da verdade real;
- a autoridade de primeiro grau, sequer apreciou o pedido de diligência, para que o auditor colacione aos autos a documentação que lhe foi ofertada;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- no presente caso, diversas teses apresentadas pelo contribuinte dependem dessas provas, e com isso o seu direito de ampla defesa restou mutilado;
- houve também, além do requerimento da diligência para a juntada dessas provas, o requerimento da juntada dos autos do processo nº 10855.004458/2003-91, do qual o presente lançamento é decorrente, o que também foi omitido pelo juízo *a quo*;
- como se não bastasse isso o contribuinte foi apenado pelo juízo de primeiro grau sob o argumento de que se ficou omissa no seu *ônus probandi*;
- quem não cumpriu o ônus processual foram as autoridades que até agora atuaram no presente feito, pois o contribuinte apresentou as provas, e essas não foram juntadas pela autoridade lançadora;
- requer-se o julgamento da presente preliminar de mérito, para anular o julgamento de primeira instância e determinar a decisão do feito ao próprio órgão preparador, para que sejam juntados os documentos ofertados pelo contribuinte durante o curso da fiscalização;
- no presente caso, o auto de infração foi lavrado sem que houvesse um Mandado de Procedimento Fiscal válido vigorando, pois foi expedido um mandado no início da fiscalização e no momento da lavratura do auto e da notificação do contribuinte os auditores tentaram sanar a nulidade que maculava o procedimento, fazendo a notificação dos mandados complementares para surtirem efeitos retroativos, porém até então eles não existiam;
- o presente procedimento não respeitou o preceituado na Portaria da Receita Federal n.º 1.468/03, pois o auto de infração foi lavrado sem que houvesse um Mandado válido vigorando, pois



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

foi expedido um mandado no início da fiscalização e no momento da lavratura do auto e da notificação do contribuinte os auditores tentaram sanar a nulidade que maculava o procedimento, fazendo a notificação dos mandados complementares para surtirem efeitos retroativos, porém até então eles não existiam;

- caso Vossas Senhorias entendam de outra forma, o auto de infração, para ser convalidado, deve ser devolvido o benefício da espontaneidade ao contribuinte, concedendo-lhe o prazo de trinta dias para pagamento do crédito tributário, sem a imposição da multa, em respeito ao princípio da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal;
- Do agravamento da Multa.
- o juízo de primeiro grau conclui com base em presunções que o contribuinte agiu imbuído de vontade e consciência, assevera que a documentação apresentada corrobora esse fato. No entanto, a farta documentação restou confiscada pelo auditor fiscal, e certamente, esse fato levou a concluir que o contribuinte agiu de má-fé, porém, se toda a documentação fosse acostada aos autos, a conclusão seria outra;
- o dolo não se presume, se prova, e o ônus é de quem acusa e não de quem se defende. No nosso sistema o que vige é a presunção de boa fé;
- para corroborar com sua boa-fé, o recorrente sempre atendeu as intimações fornecendo todos os documentos que lhe fora solicitado;
- os auditores relataram apenas parte dos fatos e colecionaram apenas parte da documentação, omitindo os fatos que favoreceriam o recorrente, ferindo assim os princípios da impessoalidade, imparcialidade e justiça fiscal;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- os auditores e também o juízo de primeiro grau não descreveram em que consistiam os fatos por eles referidos, o que por si só, tem o condão de macular a imposição por dificultar a defesa do ora recorrente, tendo que se defender de acusação genérica e por isso inexigível;
- em momento algum o recorrente omitiu-se, conforme narrado pelos auditores, em verdade, o contribuinte ofereceu toda documentação necessária para que as autoridades pudessem dimensionar a suposta obrigação tributária;
- corrobora suas afirmações o entendimento esposado no Acórdão nº 108-06.434 desse Conselho de Contribuintes;
- o nosso sistema não autoriza a imposição de penalidade por presunção, a materialidade do ilícito deve ficar bem provada e clara para que possa haver a imposição de penalidade, bem como o respeito à ampla defesa;
- o fato de supostamente o contribuinte ter omitido informações na sua declaração de ajuste anual não leva à presunção que ele omitiu rendimentos ou que praticou fraude ou sonegação, especialmente quando os indícios – comportamento do contribuinte perante a fiscalização – apontam para a conclusão oposta;
- em momento algum restou tipificada a conduta do contribuinte de forma a enquadrar-se em alguma das previsões legais supra citadas, com efeito, não há como o contribuinte defender-se dessa acusação;
- Da origem dos recursos e do IRPF.
- quando da fundamentação legal do lançamento trouxe à baila os dispositivos legais da Lei nº 7.713, de 1988, que em seu art. 2º reza que o imposto de renda será devido mensalmente;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- o juízo de primeira instância adota a conclusão de que não havendo pagamento mensal do imposto de renda, a data do fato gerador ocorre com a entrega da declaração e afirma que no caso de imposto de renda o lançamento é por declaração;
- em verdade, o lançamento do IRPF é por homologação, onde o contribuinte recolhe e posteriormente a autoridade homologa o recolhimento, o que ocorre quando findo o ano, é a obrigação acessória de entrega da declaração para ajuste anual;
- assim que perfeito o fato gerador a autoridade já possui o direito/dever de constituir o crédito tributário, dessa forma requer-se a procedência do julgamento da matéria preliminar para anular os lançamentos referentes aos supostos fatos geradores anteriores ao mês de outubro de 1998;
- Da subsunção equivocada.
- com base na documentação e informações prestadas pelo contribuinte o auditor entendeu que os pagamentos efetuados pela pessoa jurídica tratavam-se de pró-labore, porém, simples ordens de pagamento determinadas pela pessoa jurídica não significam pró-labore;
- o juízo de primeiro grau afirmou que o recorrente não acostou documentos, apenas fornecendo alegações desprovidas de provas, no entanto, o contribuinte entregou todos os documentos necessários ao auditor, e esse não os colacionou aos autos;
- o ilustre auditor autuou também a pessoa jurídica por entender que supostamente, lá também ocorreram omissões de receita (processo nº 10855.004458/2003-91);
- não há como, pelo simples fato de o contribuinte ser sócio de uma pessoa jurídica, concluir-se que todos os rendimentos que o perceber da pessoa jurídica, caracterize-se como pró-labore;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- como pode observar-se das ordens de pagamento que determinavam transferências ao ora recorrente, constam sob a rubrica de honorários;
- conforme consta das declarações de rendimentos anuais, sua fonte de receitas era a pessoa jurídica da qual era sócio, sob a forma de distribuição de lucros;
- por certo é que o valor de R\$ 50.611,00 foi percebido no mês de dezembro de 1998, conforme declarado e ratificado no curso da fiscalização;
- de acordo com a legislação vigente os rendimentos pagos pela pessoa jurídica aos seus sócios como distribuição de lucro não são tributados a partir de 1996;
- a receita que foi tributada em desfavor do recorrente também foi tributada na pessoa jurídica como receita percebida, compondo a base de cálculo do PIS, COFINS e IRPJ e CSLL;
- o auditor fiscal não desconsiderou a escrita da pessoa jurídica, e nela não consta pagamento de pró-labore aos sócios, consta sim a remuneração dos sócios na forma de distribuição de lucros;
- o auditor fiscal, por entender que a pessoa jurídica percebeu diversas receitas, considerou como total de receita de R\$ 936.342,41 e com isso lançou os tributos que entendeu exigível;
- a legislação prevê para a atividade da pessoa jurídica referida nos autos a margem de lucro de 32%;
- com isso, a pessoa jurídica teria uma reserva de lucro de R\$ 299.629,57 para distribuição, cabendo-lhe 50% deste total, ou seja, R\$ 149.814,78;
- os indícios levam a concluir que as quantias recebidas são pertinentes a distribuição de lucro de atividade empresarial;
- se tais rendimentos não foram considerados como divisão de lucro e sim pró-labore o ora recorrente não é parte legítima para

833



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

ser lhe imputado o pagamento, pois este é de obrigação da fonte pagadora (artigos 97 e 121 do CTN);

- a jurisprudência administrativa confirma essa tese (Acórdãos CSR/01-1127, 102-14965 e 106-0495);
- o juízo de primeiro grau refutou essa argumentação alegando a responsabilidade subsidiária do contribuinte sem apresentar a fundamentação legal concernente, ferindo assim o princípio da legalidade;
- no aspecto societário, quanto ao direito de receber lucros, o Direito Civil Brasileiro, desde o revogado Código Civil, bem como o novo, em seu art.1008, prescreve a "nulidade de qualquer estipulação contratual que exclua o sócio de participação dos lucros e das perdas percebidos na pessoa jurídica, ainda que haja deliberação dos demais sócios";
- o lançamento sob a rubrica omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada não pode prosperar;
- o contribuinte desde o início vem informando que sua movimentação financeira estava relacionada à atividade empresarial;
- forneceu toda a documentação necessária, informou que os demais contratos e documentos encontravam-se em poder de seu ex-sócio, por força de dissolução de sociedade litigiosa;
- o auditor entendeu (fls.l 17 a 36) que o contribuinte estava criando embaraço a fiscalização e intimou com fundamento no art. 33 da Lei nº 9.430/1996, sem que estivesse presente qualquer das hipóteses fixadas pela citada norma;
- dessa forma as informações prestadas pelos estabelecimentos bancários devem ser consideradas provas ilícitas;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

- o auditor fiscal não considerou os limites legais fixados no art. 4º da Lei 9.430/97, os valores constantes nos meses de fevereiro, março, abril e junho devem ser excluídos da base de cálculo do lançamento, pois inferiores ao limite legal;
- a aplicação da taxa SELIC carece de fundamento jurídico, pois existe lei prevendo a aplicação da SELIC, porém não há lei prevendo a criação da referida taxa e por isso, estar-se-á cobrando tributo sem lei que o estabeleça.

Finaliza, requerendo a conversão do julgamento em diligência, para que a documentação fornecida pelo contribuinte e a cópia do auto de infração nº 10855.004458/2003-91, sejam anexadas aos autos.

Às fls. 300 a 312, foram anexadas cópias da Relação de Bens e Direitos para Arrolamento e da Declaração de Ajuste Anual relativa ao exercício de 2003.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285

VOTO

Conselheira SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, Relatora

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

O recorrente, sob o título preliminar de mérito, requer a nulidade de primeira instância sob o fundamento de que o pedido de diligência formulado em sua impugnação deixou de ser apreciado.

Ao finalizar as razões de impugnação, mais precisamente à fl.232, a procuradora do recorrente solicita a realização de diligência para que o auditor colacione aos autos toda a documentação fornecida pelo contribuinte, bem como cópia do auto de infração de nº 10.855.004458/2003-91. Pedido esse ratificado em grau de recurso de fl. 297.

O Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972, preceitua:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9/12/1993).

*Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e **dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.** (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9/12/1993).*

(original não contém destaques)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10855.004459/2003-36
Acórdão nº. : 106-14.285


O relator do voto, condutor da decisão de primeira instância, não relatou e tampouco apreciou a solicitação feita.

Com isso a decisão de primeira instância restou prejudicada, pois os demais membros da 3ª Turma da DRJ em São Paulo, não tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre o pedido de diligência.

Além disso, essa falha agride as garantias de contraditório e de ampla defesa, asseguradas pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, aos litigantes em processo administrativo.

Assim sendo, em obediência ao inciso II do art. 59, do referido decreto, voto por acatar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, para que outra seja proferida em boa e devida forma.

Sala das Sessões - DF, em 22 de outubro de 2004.


SUELLENÍGENIA MENDES DE BRITTO

