



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

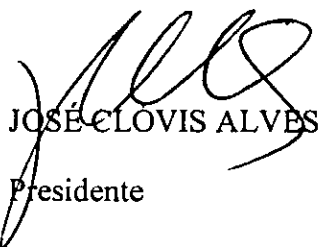
Processo nº 10882.002377/2006-72
Recurso nº 163.451 De Ofício e Voluntário
Matéria IRPJ e OUTROS - 2002
Acórdão nº 105-17.171
Sessão de 16 de setembro de 2008
Recorrentes 2ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP e NSCA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE - ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO E NA CAPITULAÇÃO LEGAL - Tratando-se de erro evidente, divorciado do contexto do procedimento fiscal do qual emerge a motivação e o enquadramento legal correto da autuação, que não redundou em qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa nem em majoração indevida do crédito tributário lançado, a nulidade não deve ser pronunciada.

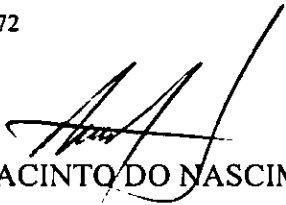
ARBITRAMENTO DO LUCRO - ILEGITIMIDADE - Comprovado que os livros não apresentados se encontravam em poder da Receita Federal e pairando dúvida acerca da disponibilidade, pelo sujeito passivo, dos arquivos magnéticos correspondentes, o arbitramento do lucro se afigura ilegítimo. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes: Recurso de ofício: Por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso de ofício em virtude do valor exonerado estar abaixo do limite de alçada. Recurso voluntário: Por unanimidade de votos DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLOVIS ALVES
Presidente




PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

Relator

Formalizado em: 14 NOV 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, WALDIR VEIGA ROCHA, BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIRO (Suplente Convocado) e JOSÉ CARLOS PASSUELLO. Ausente, justificadamente o Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA.

Relatório

Aos 27/12/2006 a contribuinte acima foi cientificada dos autos de infração de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, relativos ao ano-calendário de 2001, lavrados em decorrência da omissão de receitas, apurada a partir da constatação das seguintes irregularidades:

- recebimento de valores do exterior através de contas CC5, contabilizados como contratos de mútuo, cuja efetividade não restou comprovada;
- comercialização de títulos do tesouro americano, conhecidos por T-Bills, escriturada como recebimento de contrato de mútuo na mesma conta utilizada para contabilização dos valores recebidos das contas CC5, sem que restasse provada a aquisição de tais títulos;
- pagamentos feitos em ação trabalhista, sem a devida contabilização;
- divergências do valor do faturamento consignado nos relatórios gerenciais e o declarado na DIPJ.

Diante da falta de apresentação de livros fiscais e contábeis e dos documentos que deram suporte à escrituração, o lucro foi arbitrado, tomando por base a receita conhecida, composta pela soma dos valores declarados na DIPJ, dos valores através das contas CC5, dos valores da venda dos T-Bills, dos pagamentos extra contábeis feitos em sede de reclamação trabalhista e dos valores constantes do relatório gerencial.

Estando caracterizada a sujeição passiva solidária, a fiscalização lavrou os correspondentes termos contra os administradores da contribuinte.

A notificação da contribuinte se fez por edital, face à sua não localização no domicílio tributário e a dos responsáveis solidários por via postal.

Ao impugnar o lançamento, a autuada, preliminarmente, argui a nulidade do feito por inexistência de motivação para o arbitramento apontado no auto de infração, opção indevida pelo lucro presumido, contradizendo o afirmado no Termo de Constatação, segundo o qual o arbitramento se deu pela falta de apresentação dos livros fiscais e contábeis e dos documentos que deram suporte à contabilização, o que demonstra a precariedade do trabalho fiscal.



Ainda em preliminar, suscita a decadência do direito de constituir o crédito tributário de PIS e COFINS até o mês de novembro de 2001, inclusive o crédito tributário de IRPJ e CSLL dos três primeiros semestres.

No mérito, admitindo-se que o motivo para o arbitramento do lucro pudesse ser a falta de apresentação de livros e documentos, sustenta que este seria ilegítimo, na medida em que os livros e documentos solicitados não estavam sob sua guarda, mas sim em posse da Inspetoria da Alfândega da Receita em São Paulo, estando assim, impossibilitada de entregá-los, o que não inviabilizaria o exame da base de cálculo apurada, bastando para tanto que a fiscalização solicitasse a documentação à IRF São Paulo.

Ademais, a fiscalização não comprovou ser o arbitramento a única modalidade válida para determinação da base de cálculo, limitando-se a solicitar em uma única oportunidade os Livros Diário e Razão, no prazo improrrogável de cinco dias, após o qual, sem considerar as razões para o não atendimento, reputou configurada a hipótese para a aplicação do lucro arbitrado.

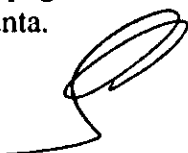
Entende, com base em julgados do Conselho de Contribuintes, que o arbitramento por falta de apresentação da escrituração somente se legitimaria se, intimada reiteradamente, tivesse se negado a apresentá-la.

Sustenta que a utilização dos registros contábeis para a imputação da omissão de receitas exclui a possibilidade de arbitramento de lucro por falta da apresentação da escrituração, pois não se pode aceitar que a fiscalização utilize os dados fiscais e contábeis, afirmando que não demonstram as operações registradas, justificando assim a tributação sob a acusação de omissão de receitas e, ao mesmo tempo, afirme que não teve conhecimento desse material, o que impediu a verificação da correição dos tributos pagos, justificando o arbitramento do lucro.

Registra que parte das presunções de omissão de receitas tem como premissa a aplicação de regras que invertem em favor do Fisco o ônus da prova, regras essas que estão na parte da legislação que trata da determinação do lucro real, não sendo permitido à fiscalização utilizar, no mesmo lançamento, para as mesmas infrações, regras de ajuste do lucro real juntamente com normas de cálculo do lucro arbitrado.

Ainda que o arbitramento possa ser tido como legítimo, o lançamento improcede porque o critério eleito para cálculo do lucro arbitrado está em desacordo com a legislação, que não permite que o Fisco alie à presunção da existência de lucro a ser arbitrado uma outra presunção a respeito da base de cálculo, como se fez no presente caso, onde não há prova direta de omissão das receitas que foram adicionadas às receitas declaradas na composição da base de cálculo do arbitramento que, assim, se fez sobre receita bruta presumida, e não sobre receita bruta conhecida.

Nega a existência da omissão de receitas, alegando que os recursos recebidos de contas de não residentes, contas CC5, ao longo de 2001, são transferências do exterior, tendo como pagadora a sociedade Lerney Trade S/A e como beneficiária a Boutique Daslu Ltda, antiga denominação social da impugnante, tendo como causas a amortização/restituição do principal ou o pagamento de juros, conforme lançado no Livro Diário, relativos a empréstimos concedidos pela impugnante à referida sociedade no ano de 1999, como comprovam as telas do SISBACEN que junta.



No que pertine à venda dos T-Bills, ainda que aceita a acusação da falta de origem dos recursos utilizados na sua compra, alega que a exação deve se limitar ao montante de R\$ 1.012.400,00 a quanto corresponde o valor das vendas feitas à Bombril, descabendo a quantificação em R\$ 3.138.658,23 dos recursos utilizados na compra de tais títulos, porquanto não há nos autos prova da compra pela impugnante de outros títulos que não aqueles vendidos à Bombril, que foram recebidos por ela em amortização dos mútuos referidos anteriormente.

Em relação aos supostos pagamentos extra-contábeis feitos à ex-funcionária, atesta a superficialidade do trabalho fiscal que se contentou com a informação da ex-funcionária de que recebia pagamentos por hora e com extratos bancários da conta dessa ex-funcionária, nos quais se acham listados DOCS e depósitos que afirmam terem sido feitos pela impugnante, alegando que, afora as reservas com que devia ser vista a declaração da ex-funcionária demitida e por isto mesmo ressentida com o seu ex-empregador, os extratos bancários não identificam quem são os disponibilizadores dos recursos, que podem ter sido transferidos por qualquer pessoa para a conta da ex-funcionária. Na verdade, tais valores têm a natureza de comissão em razão das vendas realizadas que a reclamante alega que comporiam o seu salário, não tendo qualquer relação com a acusação fiscal de omissão de receita.

Em relação ao denominado “demonstrativo gerencial” que, segundo a fiscalização, retrataria o real faturamento da empresa, apreendido durante a operação policial chamada “Operação Narciso”, supostamente em um dos seus estabelecimentos, a impugnante não sabe indicar a sua origem, pois não tem timbre, assinatura ou sinais característicos, nem tampouco há identificação de sua finalidade e destino, não sendo, por isso, dotado de gravidade e precisão necessários para ser tido como indício, por não indicar, com um grau médio de convencimento, a manutenção de recursos à margem da contabilidade, sendo insuficiente para sustentar a acusação.

Ao final, requereu o cancelamento das autuações ou, quando menos, a sua redução.

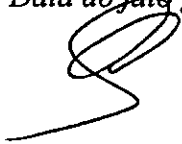
Os sócios apontados como responsáveis ofertaram impugnações, nas quais alegam, em resumo o que segue:

- nulidade do Termo de Sujeição Passiva pela falta da correta indicação dos motivos legal e fático, bem assim da perfeita correlação entre um e outro;
- ilegitimidade passiva, a uma, porque o sócio não pode ser responsabilizado de forma solidária com a pessoa jurídica, a responsabilidade é de um ou de outro; a duas, porque não houve demonstração da prática de qualquer ato capaz de atrair a aplicação do art. 135, III, do CTN, que, ademais, sequer foi invocado no Termo de Sujeição Passiva Solidária;
- a decadência do direito à constituição de parte do suposto crédito tributário, na forma do aduzido na impugnação da pessoa jurídica.

A primeira instância julgadora julgou parcialmente procedente o lançamento, afastando a sujeição passiva solidária dos sócios e as imputações de omissão de receitas feitas com base em fatos apurados nos registros contábeis apresentados, em decisão assim ementada:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001



Decadência. IRPJ. Lançamento por Homologação. Pagamento.

Para a configuração de lançamento por homologação, não basta que a legislação ordinária tenha atribuído ao sujeito passivo o dever de apurar e pagar o imposto devido, antes de qualquer procedimento de verificação pelo Fisco. É necessário que o sujeito passivo tenha efetuado a apuração e o pagamento, ainda que parcial do imposto para que a norma de contagem do prazo decadencial possa ser antecipada da regra geral prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN para a regra especial prevista no art. 150, § 4º do mesmo diploma legal.

Decadência. IRPJ. Arbitramento.

Na adoção de base de cálculo substitutiva, a contagem do prazo decadencial deve ser feita tendo em conta a sistemática de tributação adotada pelo contribuinte, in casu, o lucro real anual, e não a determinada ex-officio no lançamento.

Decadência. CSLL. PIS. Cofins.

O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Responsabilidade Solidária. Sócios Administradores.

Não se sustenta a imputação de responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário devido pela pessoa jurídica, quando não devidamente constituídos os fatos jurídicos que teriam autorizado a inclusão dos sócios administradores no pólo passivo do lançamento, como responsáveis solidários. Não se configura suficiente a simples menção do dispositivo legal que teria amparado a imputação.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

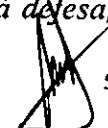
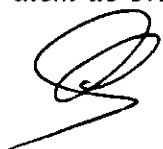
Data do fato gerador: 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001

Competência dos Órgãos Administrativos de Julgamento. Constitucionalidade/Legalidade. Atos Legais.

Compete aos órgãos administrativos de julgamento apreciar a validade dos lançamentos, mas não das normas gerais e abstratas, que lhe conferem fundamento de validade, editadas pelo Poder Legislativo, no exercício de sua competência precípua. Apenas o Poder Judiciário tem a competência de apreciação da validade formal e material dos preceitos normativos veiculados em normas jurídicas editadas pelo Poder Legislativo.

Nulidade. Erro no Lançamento.

Não se acata a nulidade por erro de fundamentação no lançamento, quando, além de evidente, tal erro não tenha provocado qualquer prejuízo à defesa,

 5

na medida em que a fundamentação correta está devidamente consignada em termo integrante da peça acusatória, do qual o contribuinte foi regularmente cientificado, tendo propiciado a oportunidade e o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, inclusive com a apresentação de provas a contraditar os fundamentos da autuação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA-IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001

Arbitramento. Falta de Apresentação da Escrituração. Prova.

Ainda que provada a apreensão judicial no livro contábil, baixado em papel, para autenticação na Junta Comercial do Estado de São Paulo – Jucesp, não se pode acatar como justificada a falta de apresentação da escrituração, tendo em conta que a contribuinte mantinha os registros contábeis em meio magnético.

As pessoas jurídicas que utilizarem sistema de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas e financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, devem manter obrigatoriamente, em meio magnético ou assemelhado, à disposição da SRF, os respectivos arquivos e sistemas que teriam dado origem aos livros contábeis.

Omissão de Receitas. Falta de Comprovação da Causa dos Recebimentos. Contas CC5. Alienação de Títulos (T-Bills).

Omissão de Receitas. Falta de Contabilização de Pagamentos.

Não é compatível com o arbitramento dos lucros, por falta de apresentação da escrituração comercial, a imputação de omissão de receitas feita com base em fatos apurados nos registros contábeis apresentados.

Omissão de Receitas. Relatórios Gerenciais.

Comprovada, em relatórios gerenciais, as receitas auferidas mensalmente na atividade da empresa, procedente configura-se a imputação de omissão de receitas se apurada divergências com as receitas declaradas.

Tributação Reflexa. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL. Contribuição para o Programa de Integração Social-PIS. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-Cofins.

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudicado na decisão dos autos de infração decorrentes.

Lançamento Procedente em Parte"



Dessa Decisão recorre a contribuinte, renovando, quanto à matéria mantida, a argumentação desenvolvida na impugnação à qual acrescenta que:

- quanto à ausência de pagamento das estimativas que, na visão da decisão recorrida, descaracterizaria o lançamento por homologação, afirma ter apurado resultado positivo e realizado recolhimentos por estimativa nos meses de maio, junho, agosto e dezembro, juntando cópia dos respectivos DARFs, acrescentando que a ausência do recolhimento do tributo não altera a natureza do lançamento, nem desloca a contagem do prazo decadencial para o art. 173, I, do CTN;
- quanto à forma de contagem do prazo decadencial, assevera que, os fatos geradores do IRPJ e a CSLL apurados pela sistemática do lucro arbitrado ocorrem ao término de cada trimestre, não sendo o fato de ter optado pelo regime do lucro real anual suficiente para impor como início do prazo decadencial o dia 31.12.01;
- reforça que estava impossibilitada de apresentar os livros solicitados pela fiscalização, fosse em papel ou em arquivos magnéticos, uma vez que o material fora apreendido e estava na posse da IRF-SP;
- afirma que os valores das receitas omitidas apresentados pela decisão recorrida estão equivocados, uma vez que neles estão incluídos, além da diferença entre a receita declarada e a constante do relatório gerencial, os montantes que teriam sido omitidos por outras razões, montantes esses que, segundo a própria decisão, deveriam ter sido excluídos da tributação.

É o relatório.

Voto

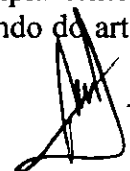
Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator

Não conheço do recurso de ofício porque o crédito exonerado é inferior ao valor de alçada e conheço do recurso voluntário porque tempestivo e formalmente regular.

Pugna a recorrente pela decretação de nulidade da autuação, vez que inexistente a indevida opção pelo lucro presumido, apontada no auto de infração como a motivação ensejadora do arbitramento, em aberta contradição com o Termo de Constatação, no qual o arbitramento é justificado pela falta de apresentação dos livros fiscais e contábeis e dos documentos que deram suporte à escrituração.

Afora a menção feita no auto de infração não há, em nenhuma outra passagem dos autos, qualquer alusão à opção da recorrente pelo lucro presumido, a demonstrar tratar-se de erro evidente, divorciado de todo contexto do procedimento fiscal, do qual a correta motivação do arbitramento, a não apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis, emerge como decorrência lógica.

Considerando que esse erro não trouxe qualquer prejuízo à recorrente, cientificada que foi do Termo de Constatação, no qual se aponta a real motivação do arbitramento, pois não lhe cerceou o direito de defesa, tanto que dela se defendeu amplamente, nem redundou em majoração indevida do crédito tributário lançado, atento ao comando do art.



7

249, § 1º, do Código de Processo Civil, determinante de que “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”, deixo de pronunciar a nulidade requestada.

No mérito, a recorrente sustenta que a ilegitimidade do arbitramento por ter deixado de apresentar os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal, uma vez que, à época, não se encontravam em seu poder, apreendidos que haviam sido pelas autoridades policiais e disponibilizados à IRF-SP.

Em que pese reconhecer que o Livro Diário Geral nº 23, ano 2001, relativo ao período de janeiro a dezembro, fora apreendido em 19/12/2005, a decisão recorrida entendeu que, como a recorrente mantinha escrituração em meio magnético, dispunha dos arquivos e sistemas que teriam dado origem ao livro baixado em papel que restou apreendido e se não os apresentou foi para não corroborar as omissões de receita apuradas nos relatórios gerenciais apreendidos, reputando configurada a hipótese de arbitramento de lucro.

Assinalou a decisão recorrida que o exíguo prazo concedido para a apresentação dos livros e documentos não pode ser invocado em favor da contribuinte, que vinculou o atendimento à intimação à devolução da documentação apreendida e, assim, mesmo que fosse maior o prazo concedido, esta não teria apresentado a escrituração mantida em meio magnético, porque, a seu sentir, enquanto perdurasse a apreensão do Livro Diário em papel, estaria desonerada de atender à intimação.

Considerou, ainda, que, face à iminência da consumação do prazo decadencial e a indisponibilidade do crédito tributário, o agente fiscal não poderia deixar de proceder ao lançamento até 31/12/2006.

A recorrente, a seu turno, afirma que, além dos livros físicos, foram apreendidas as bases eletrônicas nas quais estão as escriturações por arquivos magnéticos e, por conta disso, não tinha como atender à intimação.

Aduz, ademais, que, desde o dia 01.09.2005, comunicara à Fiscalização que, por conta das apreensões realizadas na denominada Operação Narciso, não teria condição de atender a Intimações Fiscais que solicitassem documentos contábeis e fiscais, inclusive por meio de arquivos magnéticos.

Para comprovação do alegado junta autos de apreensão que incluem entre os itens apreendidos diversos HDs, diversos drivers e um computador que, juntamente com os demais itens objeto da apreensão, foram colocados à disposição da Inspeção da Alfândega da Receita Federal em São Paulo (IRF), cujos trabalhos resultaram na constituição do crédito tributário em nome de importadores de mercadorias e na responsabilização solidária da recorrente.

Chama a atenção o fato de que, embora o arbitramento haja se dado pela não apresentação dos livros contábeis e fiscais e dos documentos que deram suporte à fiscalização, a intimação não atendida somente solicitou a apresentação dos Livros Diário e Razão, que são livros contábeis, sem menção a qualquer livro fiscal e a qualquer documento.

Do exposto é inarredável se concluir que, ao formalizar a intimação para apresentação dos Livros Diário e Razão, a fiscalização já sabia, previamente, da

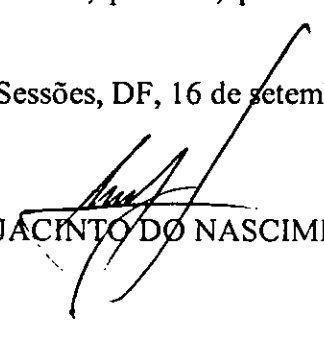


impossibilidade da recorrente de atendê-la, mormente no exíguo prazo improrrogável de cinco dias que lhe foi concedido para tanto.

De outra parte, não há como se afirmar, com certeza, que a recorrente dispunha dos arquivos magnéticos dos mesmos, tendo em vista a concreta possibilidade de que estejam incluídos dentre as bases eletrônicas apreendidas.

Nessas circunstâncias, entendo ausentes os pressupostos para a realização do arbitramento do lucro, dando, por isto, provimento ao recurso para julgar improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, DF, 16 de setembro de 2008.


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO

