



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA TURMA**

Processo nº 10909.003279/2003-64
Recurso nº 108-140.073 Especial do Procurador
Matéria IRPJ e OUTROS
Acórdão nº CSRF/01-05.816
Sessão de 14 de abril de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MARCOS DA SILVA NETTO (FIRMA INDIVIDUAL)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

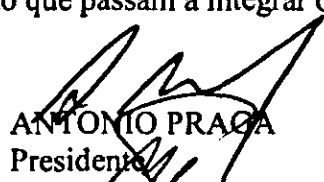
Ano-calendário: 1999

Ementa: IRPJ – PRESUNÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 40 DA LEI Nº 9.430/96 – COMPRAS NÃO CONTABILIZADAS – NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO ANTECEDENTE – INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO: Se o auto de infração que capitulou a irregularidade caracterizada pela falta de escrituração de compras adotou o artigo 40 da Lei nº 9.430/96, via de consequência buscou a aplicação da presunção legal nele estampada, deixou de comprovar o efetivo pagamento das referidas compras, deixando assim de cumprir a condição antecedente (fato – pagamento) exigida para sua invocação, a questão deve ser tratada à luz da teoria das presunções simples, nas quais o ônus da prova é atribuído à fiscalização.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAÇA
Presidente


JOSÉ CARLOS PASSUELLO
Relator

FORMALIZADO EM: 04 JUN 2008

D

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luciano de Oliveira Valença, Paulo Jacinto do Nascimento, José Clóvis Alves, Marcos Vinícius Neder de Lima, Mário Sergio Fernandes Barroso, Karem Jureidini Dias e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. Ausente momentaneamente o Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, no mesmo dia em que foi cientificada da decisão recorrida (17.01.2006), com arrimo no art. 5º, I, do RI, contra a decisão da 8ª Câmara, consubstanciada no Acórdão nº 108-08.357, assim sumariada:

Número do Recurso: 140073

Câmara: OITAVA CÂMARA

Número do Processo: 10909.003279/2003-64

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: MARCOS DA SILVA NETTO (FIRMA INDIVIDUAL)

Recorrida/Interessado: 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Data da Sessão: 15/06/2005 00:00:00

Relator: Margil Mourão Gil Nunes

Decisão: Acórdão 108-08357

Resultado: DPPM - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para afastar as exigências do IRPJ e CSL. Vencidos os Conselheiros Nelson Lósso Filho, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro e José Carlos Teixeira da Fonseca que negavam provimento ao recurso.

Inteiro Teor do Acórdão



- ac10808357-140073 ok.pdf

Ementa: OMISSÃO DE COMPRAS - IRPJ E CSLL - CONCORRÊNCIA DE PRESUNÇÕES LEGAIS - ELEIÇÃO DA MENOS ONEROSA - OMISSÃO DE COMPRAS - Estabelecendo-se a concorrência de presunções legais possíveis, é de se preferir a menos onerosa ao contribuinte. Não pode prevalecer a tributação por omissão de compras na órbita do Imposto de Renda e da Contribuição Social, pois deflui da própria compra de mercadoria omitida, equivalente omissão de custo correspondente. Além disso o mero somatório das compras não registradas não traduz a verdadeira base de cálculo em casos de compras sucessivas de mercadorias ou matérias primas. MULTA QUALIFICADA - 150% - mantém a multa aplicada quando não questionada pelo contribuinte. PIS E COFINS - Constitui base de cálculo das contribuições o somatório das aquisições de mercadorias à margem da contabilidade. LANÇAMENTO DECORRENTE CSLL - dado à relação de causa e efeito, aquilo decidido no lançamento principal aplica-se aos decorrentes. Recurso parcialmente provido

O recurso se embasa (fls. 363):

"Decidindo por maioria e negando a aplicação do artigo 40 da Lei 9.430/96 ao presente caso, o que se demonstrará, encontram-se satisfeitas as condições de procedibilidade devendo ser admitido o recurso."

O seu seguimento se deu por força do despacho de fls. 367 e 368, que admitiu tratar-se de lançamento com base em omissão de receita caracterizada pela não contabilização de pagamentos de compras.

A descrição dos fatos contida na folha de continuação do auto de infração indica omissão de receita caracterizada pela não contabilização de pagamentos de compras (Fornecedor Vonpar Refrigerantes s/a), com capitulação legal nos artigos 24 da Lei nº 9.249/95 e 40 da Lei nº 9.430/96¹.

Consta do voto condutor da decisão recorrida os seguintes argumentos sobre a questão (fls. 354);

"O Acórdão recorrido de fato manteve o lançamento consolidando seu entendimento na presunção legalmente estabelecida no artigo 40 da Lei 9.430/96. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar a escrituração dos pagamentos das compras não contabilizadas.

Ocorre porém, que o fisco embora tenha feito a descrição dos fatos como falta de comprovação dos pagamentos ao fornecedor Vonpar, apenas trouxe aos autos as notas fiscais de aquisição de mercadorias não contabilizadas. Relacionando-as uma a uma em seu Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, e informando seu somatório como omissão de receitas nos Autos.

O fisco não trouxe ao processo os pagamentos que não teriam sido escriturados relativos às notas fiscais não contabilizadas. Apenas pode-se presumir que tais pagamentos teriam sido feitos à margem.

Comprova-se pelos documentos acostados, que houve a omissão de receitas, fato não contestado pela recorrente durante a ação fiscal, na impugnação e nem agora em seu recurso. Aliás, o contribuinte durante a ação fiscal informou que deixou de escriturar as notas fiscais por lapso da empresa, doc fls.271.

O que se discute no presente litígio é que deve-se considerar a omissão de receitas a partir das compras omitidas – neste caso os custos deveriam ser considerados – ou, como relatou o fisco - falta de comprovação da origem dos recursos financeiros para pagamento de compras de mercadorias.

Não foi identificado pelo fisco, tampouco trazido à presente, qualquer pagamento efetuado que não teria sido escriturado, ou mesmo a manutenção no passivo de obrigações já pagas, sendo exatamente isto que determina o artigo 40 da Lei 9.430/96 para os casos de omissão de receita. Caso assim fosse, haveria a presunção de omissão de receitas, cabendo o ônus da improcedência ao contribuinte.

O fisco apurou no ano calendário 1999 o valor de R\$ 964.867,93 correspondente ao somatório das notas fiscais de aquisição de

¹ Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.

mercadorias não contabilizadas relacionadas sem seus trabalhos, e considerou este total como omissão de receitas.

Realmente tenho como divergentes a descrição dos fatos apurados e comprovados pelo fisco em confronto com a capitulação legal, sendo este enquadramento legal – artigo 40 da Lei 9.430/96 - balizador do acórdão recorrido.

À procura da verdade, da realidade dos fatos a luz dos documentos trazidos, analisando o contido nas DIPJ anexadas, fls. 274/279, e no processo 10909.003280/2003-99 de representação fiscal para fins penais, doc. fls. 282/317, temos os seguintes dados para análise comparativa das receitas, dos custos de mercadorias vendidas e do lucro bruto durante os anos:

Ano	Receita Líq.	CMV	Lucro Bruto	% LB/RL
1998	3.160.111,80	2.953.185,97	206.925,83	6,55
1999	3.969.567,36	3.574.317,16	395.250,20	9,96
2000	4.538.102,88	4.140.917,58	397.185,30	8,75
2001	4.710.187,68	4.374.103,63	336.084,05	7,13

A partir destas informações, considerando que o lucro que é a base de cálculo do imposto de renda, não posso admitir que o valor de aquisições de mercadorias mantido à margem, possa ocasionar omissão de receitas do somatório de todos os valores apurados.

Tendo fisco comprovado a existência de diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias à margem da contabilidade, numa sequência iniciada em janeiro de 1999 indo até ao final do mesmo ano, caberia ao fisco um procedimento diverso do adotado. Pois existe uma cumulatividade das possíveis omissões, anulando-se a seguinte pela maior que antecede.

A falta de registro de compras pode por um lado, revelar a ocorrência de omissão de receita, mas por outro, diminuir o custo das mercadorias vendidas, tornando o fato tributavelmente irrelevante, uma vez que, no caso, houve a ausência do registro do correspondente custo.

Mesmo entendimento teve a 3ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes no Acórdão 103-20026 de 13/07/1999, pela ementa:

"OMISSÃO DE COMPRA NULIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. A omissão de compra não gera a manutenção do crédito tributário versando a omissão de receita na medida em que se nulifica pela necessidade de se atribuir ao contribuinte faltoso o custo em igual medida."

A Câmara Superior de Recursos Fiscais também pronunciou sobre o assunto no Recurso do i. Procurador da Fazenda Nacional pelo Acórdão CSRF 01-04.597 de 11/08/2003, com a seguinte ementa:

"OMISSÃO DE COMPRAS – IRPJ E CSLL – CONCORRÊNCIA DE PRESUNÇÕES LEGAIS – ELEIÇÃO DA MENOS ONEROSA –

OMISSÃO DE COMPRAS: Estabelecendo-se a concorrência de presunções legais possíveis, é de se preferir a menos onerosa ao contribuinte. Não pode prevalecer a tributação por omissão de compras na órbita do Imposto de Renda e da Contribuição Social, pois deflui da própria compra de mercadoria omitida, equivalente omissão de custo correspondente. Além disso o mero somatório das compras não registradas não traduz a verdadeira base de cálculo em casos de compras sucessivas de mercadorias ou matérias primas."

Em seu voto condutor no retro acórdão, o i. conselheiro José Carlos Passuello, escreveu:

"É que, não bastasse o descumprimento ao artigo 112 do CTN, marcado pela eleição da presunção mais onerosa à atuada diante da uma possibilidade de aplicação de mais de uma presunção legal, tendo a fiscalização elegido aquela que redunde em maior crédito tributário, do desconhecimento pela fiscalização da séria irregularidade fiscal marcada pela manutenção à margem da contabilidade de grande quantidade de operações, o que lhe retira a condição de normal apurabilidade do lucro real, tendo mantido a tributação com base no lucro real, ainda, tributou como lucro operações repetidas, em seu total e somatória, quando reconhecidamente cada uma delas somente pode conter uma pequena parcela a título de lucros, o que deveria, essa sim, ser buscada pela fiscalização."

Não podendo concordar com a tributação de sucessivas compras à margem da escrituração que poderia incrementar indevidamente o montante base de cálculo do imposto de renda, pois parte da mesma teria sido reutilizada para aquisições também não registradas contabilmente, igual raciocínio não posso aplicar à base de cálculo do PIS e da COFINS."

O recurso especial assim embasou sua argumentação ao discordar da decisão atacada (fls. 365):

"A falta de escrituração de pagamentos efetuados é conseqüência lógica e inafastável da descoberta de notas fiscais não escrituradas, isto é, de compras não contabilizadas, significando que sua contabilização como custos acabaria por deixar desvendada, de imediato a omissão e, não justificado de forma idônea o pagamento, significa que sua origem se dá em receita anterior.

A propósito, merece, para fixação, reprisar as razões demonstradas pelo julgamento da DRJ de Florianópolis (fl. 337):

Adotando esta mesma posição, s Higuchi e Celso Hiroyuki Higuchi assim se manifestam:

A jurisprudência pacífica do 1º CC manda tributar a totalidade do valor da compra não contabilizada por entender que se não foi comprovada a origem dos recursos utilizados no pagamento da compra não contabilizada, houve omissão de receita anterior. Isto significa que

está se tributando receita anteriormente omitida no mesmo valor que serviu para pagar a compra não contabilizada. Não fosse assim, não haveria lucro tributável na compra não escriturada de bem do ativo imobilizado ainda em seu poder no momento da fiscalização. (Imposto de Renda das Empresas, Ed. Atlas, 2002, p. 593-594).

Seria muito fácil ao Recorrido comprovar contabilmente, se pudesse, que os pagamentos efetuados pelas compras encontravam-se escriturados, e que a presunção legal, juris tantum, não merecia acolhida devendo todo o procedimento ser encerrado, arrastando consigo a representação fiscal para fins penais.

Entretanto, o grande número de compras não contabilizadas não autorizava, primeiro, elidir o evidente intuito de fraude (Lei nr. 9.430/96, art. 44, inciso II), por uma conduta reitera e sistemática e, depois, porque a inserção daqueles custos na contabilidade da empresa acabaria por tornar falsamente inexequível o empreendimento.

A tabela apresentada pelo ilustre Conselheiro-relator não é conclusiva. Ao contrário, há que se partir da conclusão de que o recorrido procedeu com obediência à legislação tributária, o que já se sabe, não ocorreu.

Com os valores apresentados, somando-se ao custo de mercadorias vendidas o valor de R\$964.867,93 (pagamentos não escriturados – fl. 355), no ano-calendário de 1999, ter-se-á a inviabilidade empresarial, pois para uma receita bruta de 3.969.567,36, o custo de mercadorias vendidas será de 4.539.185,09, gerando um prejuízo empresarial de 569.617,73 (tabela de fl. 356).

Por último, mas não desimportante, não se deslembrar que a consequência imediata da presunção legal, determinando que o procedimento do artigo 40 da Lei nr. 9.430/96 significa existência de receita omitida, é inverter o ônus da prova, não se podendo dizer que o fisco não aprofundou a fiscalização.

A lei disse que havia receita omitida. Competia ao recorrido demonstrar o contrário. Não o fez, porque não quis ou não pôde.

Por todo o exposto, deve ser provido o presente recurso, reformando o respeitável acórdão, negando provimento ao recurso voluntário.

razões.

A empresa, intimada por edital da decisão recorrida não apresentou contra-

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



Voto

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

O recurso foi adequadamente admitido, devendo ser conhecido.

A questão de fundo diz respeito à aplicabilidade da presunção definida no artigo 40 da Lei nº 9.430/96.

Sem dúvida a presunção referenciada ao procedimento da empresa apresenta um núcleo financeiro, qual seja o pagamento efetuado pela pessoa jurídica e não escriturado, que é o que deflui do texto legal.

Sob intimação, a empresa Vonpar forneceu à fiscalização relação de notas fiscais de sua emissão e com mercadorias destinadas à interessada, constante de 9 folhas (fls. 09 a 17), e, sob nova intimação, forneceu cópias das notas fiscais constantes da relação de fls. 18 fornecida pela fiscalização.

As cópias de notas fornecidas pela empresa Vonpar estão alocadas a fls. 21 a 197, portanto em número de 166 notas fiscais, apenas no ano de 1999.

Intimada, a interessada informou que deixou de escriturar as notas constantes de intimação (fls. 271) devido a lapso da empresa e que se comprometia a parcelar eventual débito.

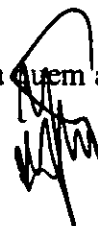
Não encontro no processo qualquer informação acerca do elemento central da presunção, ou seja, objetiva comprovação do efetivo pagamento de qualquer das compras não registradas, apenas é constatável a não contabilização das compras.

Início o raciocínio pela identificação das condições que permitem construir uma presunção.

Pode ela ser comum, ou dita "*do homem*", quando construída exclusivamente a partir de fato comprovado e alcançar conclusão provável, mesmo que no entender do agente fiscal a única possibilidade aceitável.

Na evolução da existência desses procedimentos, determinados fatos sensibilizam a sociedade e, através de seus representantes (O Poder Legislativo ou, no caso brasileiro, muitas vezes o Executivo o impulsionando através de Medidas Provisórias) exteriorizam a preocupação fiscal diante dos fatos e estabelecem regras próprias estampadas na lei. Surge a presunção legal, que não é nada mais do que uma presunção que ocupa a atenção do poder legislativo.

E a principal diferença entre a presunção comum e a presunção legal, é a quem a lei atribui o ônus da prova.



Na presunção legal, que é a que interessa no caso, existem dois núcleos de ônus probatório.

O primeiro, que é da fiscalização e que implica em comprovar de forma objetiva e inquestionável a ocorrência da situação que embasa a presunção.

O segundo, que é dirigida ao contribuinte que lhe permite comprovação em contrário quanto à conclusão eleita como necessária pelo texto legal.

Melhor explicando, cabe ao fisco comprovar objetivamente a base da presunção, qual seja *"a falta de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica"*, fato que objetivamente comprovado em sua ocorrência permitiria a aplicação da presunção legal de que tais pagamentos mensuram omissão de receita, que é conclusão lógica a ser adotada à falta da ação do contribuinte em comprovar outra origem dos recursos utilizados no pagamento cerne da presunção.

No entendimento de De Plácido e Silva²:

"PRESUNÇÃO. Do latim praesumptio (conjetura, idéia antecipada), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, a conclusão ou a consequência, que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso.

A presunção, pois, faz a prova e dá a certeza do que não estava mostrando nem se via como certo, pela ilação tirada de outro fato que é certo, verdadeiro e já se mostra, portanto, suficientemente provado.

As presunções podem ser estabelecidas por lei ou podem ser determinadas pelos fatos ou estabelecidas pelo homem.

Assim, discriminam-se em praesumptiones juris (presunções jurídicas), praesumptiones facti (presunções de fato) e praesumptiones hominis (presunções do homem).

As presunções de fato ou as presunções do homem, denominadas, também, de presunções comuns, na linguagem jurídica entendem-se mais propriamente indícios (indicia), que presunções.

As presunções jurídicas, por seu lado, dizem-se relativas (juris tantum) e absolutas (juris et jure).

As presunções relativas são também apeladas de presunções condicionais."

AO apreciar o assunto, Aires F Barreto e Cléber Giardino ensinam³:

"Dessa noção emergem nítidas as características lógicas da figura:

A – desenvolve-se tendo por objeto acontecimentos, estados ou situações pertinentes ao plano dos fatos;

² In Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. III J/P, p.1215

³ In Caderno de Pesquisas Tributárias nº 9 – Presunções no Direito Tributário, Resenha, São Paulo, 1984

B – funda-se na experiência do nexo causal que, geralmente, correlaciona o fato antecedente (conhecido) ao fato conseqüente (desconhecido);

C – induz conclusão necessariamente provável, embora nunca uma certeza."

Essa é a melhor doutrina e se funda, aplicada ao caso, na detecção da situação concreta (antecedente) devidamente provada para concluir por efeito provável (conseqüente).

E, sem dúvida, apesar de ser uma construção intelectual, a presunção atua no campo dos fatos, tanto que só pode se assentar sobre fato concreto e provado (antecedente) visando uma conclusão lógica decorrente (conseqüente).

No presente caso estamos diante de uma dessas presunções caracterizadas como legais, estando, no dizer da fiscalização caracterizada a situação prevista no artigo 40 da Lei nº 9.430/96, na parte relativa à omissão contábil de pagamentos.

No texto legal temos como antecedente a condição que deve ser provada (pagamento não contabilizado) que conduz à conseqüente (provável omissão de receitas).

O processo demonstra claramente a existência de compras não contabilizadas, porém em nenhum momento indica data e valor de pagamento não contabilizado.

O exame das cópias das notas fiscais juntadas ao processo não permite concluir acerca da efetiva data do seu pagamento, fato que não preocupou a fiscalização, que poderia ter intimado o fornecedor Vonpar a relacionar a data de pagamento de cada uma dessas notas fiscais.

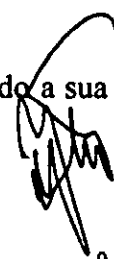
E, em nenhum momento a fiscalização intimou a interessada a indicar ou comprovar os pagamentos, enfraquecendo a aplicação da presunção do artigo 40, que tem como cerne "*o pagamento*".

Entendo que, por compor o elemento antecedente da presunção, deve ele, o pagamento, ser comprovado objetivamente e sem deixar dúvidas, sob pena de a presunção se apoiar em outra presunção e não em fato provado.

Sem dúvida, ao não perquirir das datas e atos concretos do pagamento, a fiscalização presumiu terem sido pagas as compras não contabilizadas e, como a interessada não se opôs a isso, acomodou-se na presunção e a adotou como antecedente, o que vicia a condição conseqüente.

Se a condição antecedente não se provou, desaparecem os efeitos que seriam próprios da presunção legal, passando a ser o caso tratado como presunção simples, calcada em outra presunção.

Isso, sem dúvida macula a aplicação da presunção legal, desaconselhando a sua aplicação.



Nessa linha de conclusão, entendo ser suficiente a descaracterização da presunção adotada para o cancelamento da exigência e conseqüente negativa de provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Mas não é só isso.

O Ilustre Relator do voto condutor da decisão recorrida adotou como paradigma o Acórdão CSRF/01-04.597 tendo sido assim sumariada a decisão:

Número do Recurso: 108-121153

Turma: PRIMEIRA TURMA

Número do Processo: 13830.000790/99-51

Tipo do Recurso: RECURSO DO PROCURADOR

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: FAZENDA NACIONAL

Interessado(a): DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA MARÍLIA LTDA.

Data da Sessão: 11/08/2003 08:30:00

Relator(a): Verinaldo Henrique da Silva

Acórdão: CSRF/01-04.597

Decisão: OUTROS – OUTROS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar, e, no mérito por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Verinaldo Henrique da Silva (Relator), Antonio de Freitas Dutra, Nelson Mallmann (Suplente Convocado) e José Clóvis Alves. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Carlos Passuello. Ausente justificadamente o Conselheiro Celso Alves Feitosa.

Ementa: OMISSÃO DE COMPRAS – IRPJ E CSLL – CONCORRÊNCIA DE PRESUNÇÕES LEGAIS – ELEIÇÃO DA MENOS ONEROSA – OMISSÃO DE COMPRAS: Estabelecendo-se a concorrência de presunções legais possível, é de se preferir a menos onerosa ao contribuinte. Não pode prevalecer a tributação por omissão de compras na órbita do Imposto de Renda e da Contribuição Social, pois deflui da própria compra de mercadoria omitida, equivalente omissão de custo correspondente. Além disso o mero somatório das compras não registradas não traduz a verdadeira base de cálculo em casos de compras sucessivas de mercadorias ou matérias primas. Recurso especial da Fazenda Nacional conhecido e não provido.

Tratava-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra decisão da mesma 8ª Câmara, pelo Acórdão nº 108-06.376, sob ementa:

Número do Recurso: 121153

Câmara: OITAVA CÂMARA

Número do Processo: 13830.000790/99-51

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA MARÍLIA LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

Data da Sessão: 24/01/2001 01:00:00

Relator: José Henrique Longo

Decisão: Acórdão 108-06376

Resultado: DPPM - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para: 1) afastar da incidência de todos os tributos as parcelas referentes ao item "receitas não contabilizadas"; 2) afastar da

incidência do IRPJ e da CSL as parcelas referentes ao item "pagamentos não escriturados", vencidos os Conselheiros José Henrique Longo (Relator), Nelson Lósso Filho e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro que mantinham essas incidências. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Manoel Roberto Rodrigues, OAB/SP n.º 38.794.

Ementa: IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – NÃO ESCRITURAÇÃO DE VENDAS – PRESUNÇÃO – A fiscalização deve buscar comprovação do indício encontrado de omissão de receita, sob pena de basear o lançamento em mera presunção. Não há como se admitir, diante da ausência de escrituração de operação tanto nos livros do fornecedor quanto nos do cliente, que ambos deixaram de escriturar-la, sem qualquer outro elemento de prova. OMISSÃO DE COMPRAS - IRPJ – CSL - Não pode prevalecer a tributação por omissão de compras na órbita do IRPJ e da CSL, pois deflui da própria compra de mercadoria omitida, equivalente omissão de custo. Além disso, o mero somatório das compras não registradas não traduz a verdadeira base de cálculo em casos de compras sucessivas de mercadorias ou matérias primas Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.

Em ambas as situações se observa a omissão de registro de grande quantidade de notas fiscais de compras e, na forma da redação das ementas acima transcritas, a ausência do elemento financeiro convalidando a presunção e sem o apoio em qualquer outro elemento complementar ou central de prova, impede a aplicação da presunção como se legal fosse, justamente pelo raciocínio desenvolvido acima, no presente voto.

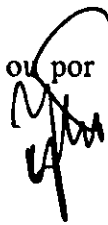
Sem dúvida, o conteúdo desse processo indica a fragilidade da aplicação da presunção legal sem que se comprove a condição antecedente, qual seja a comprovada movimentação financeira no pagamento das compras, já que, se em presunção simples se transforma a questão, é ela diretamente afrontada por outra presunção simples que beneficia o contribuinte.

Tanto que a simples demonstração que algumas ou muitas compras não foram contabilizadas ou registradas tem como indicação conclusiva (presunção simples) a situação caracterizada pelo não aproveitamento dos custos correspondentes. Ela não implica em conclusão de caráter financeiro, que é elemento destacado e deve ser comprovado para produzir os efeitos da presunção erigida no artigo 40 da Lei nº 9.430/95.

Então, é de se aplicar a jurisprudência relativa às compras não contabilizadas tratadas à luz da jurisprudência anterior à previsão da presunção legal, e ao tempo em que se constituía em mera presunção simples e exigível o aprofundamento da ação fiscal visando a comprovação direta e objetiva da ocorrência da omissão de receitas, o que não aconteceu nos presentes autos.

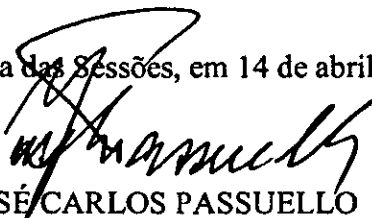
Sem dúvida esse é o principal argumento que embasou a decisão recorrida e, sobre cujo conteúdo, a recorrente não logrou fornecer argumentos consistentes que o invalidassem.

Por uma conclusão (a primeira) como pela outra (essa agora referida), ou por ambas, entendo não deva ser provido o recurso da Fazenda Nacional.



Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2008


JOSÉ CARLOS PASSUELLO

