



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 13899.001074/2004-80
Recurso n° 156.414 'De Ofício'
Matéria IRPJ e reflexos
Acórdão n° 101-96.824/
Sessão de 26 de junho de 2008
Recorrente 2ª Turma/DRJ/Campinas-SP
Interessado Comercial Facis Ltda

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999

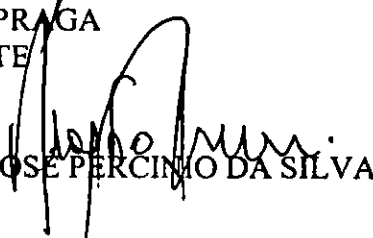
Ementa: LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. Compete ao Fisco, como regra geral, a prova da ocorrência do fato gerador tributário, reunindo os elementos caracterizadores da infração indicada no auto de infração.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE


ALOYSIO JOSÉ PERCINNO DA SILVA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros VALMIR SANDRI, SANDRA MARIA FARONIO, CAIO MARCOS CÂNDIDO, JOSÉ RICARDO DA SILVA, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas-SP, em face do seu Acórdão nº 05-14.815/2006 (fls. 121), que julgou improcedentes autos de infração de IRPJ (fls. 14) e, como tributação reflexa, de CSLL (fls. 26), PIS (fls. 18) e Cofins (fls. 22).

Segundo a descrição da autoridade fiscal no termo de verificação (fls. 6), constatou-se falta de comprovação da origem e da contabilização de transferências de recursos ao exterior (caso BEACON HILL), no ano-calendário 1999.

Na impugnação, a interessada suscitou preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento de direito de defesa, e de decadência.

No mérito, assegurou ter apresentado toda a documentação contábil exigida pela fiscalização, demonstrando a regularidade da sua escrituração. Alegou que a infração não restou devidamente provada.

Requeru o cancelamento dos autos de infração.

O referido acórdão, adotado por unanimidade, restou assim ementado:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999

Decadência. IRPJ.

Nos períodos de apuração em que não efetuado pagamento de imposto, não se aplica a regra de contagem do prazo decadencial do lançamento por homologação, mas a do lançamento de ofício: cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999

Lançamento. Ônus da Prova. Remessas de Recursos para o Exterior.

Improcedente a imputação de omissão de receitas, em face da ausência da prova da ocorrência do fato gerador.”

É o relatório.



Voto

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, Relator

O recurso reúne os requisitos para admissibilidade.

A preliminar de decadência foi rejeitada.

No mérito, assim entendeu a turma julgadora:

"In casu, para a correta imputação fiscal de omissão de receitas, far-se-ia necessária a juntada aos autos da documentação relativa às remessas de recursos ao exterior, efetuadas pela autuada, para a sub-conta Beacon Hill Service Corporation, mantida na agência do Banestado em Nova Iorque, nos valores e datas discriminados nos demonstrativos integrantes da intimação, constante do termo de início de fiscalização, de fls. 03/04, durante do ano-calendário de 1999.

Defende-se, assim, que o auto de infração é, primeiramente, improcedente, por falta de comprovação dos fatos imputados ao contribuinte e constituídos no lançamento sem amparo nas provas cabíveis, mas também nulo, por não permitir o acesso à defesa às provas que teriam dado ensejo às conclusões e às imputações do Fisco."

Tenho interpretação divergente quanto à nulidade dos autos de infração.

A meu ver, a inexistência de provas da infração não resulta em nulidade do ato de lançamento, por não constituir vício relacionado aos aspectos formais referentes à sua constituição. Se constatada a ausência de prova, não será nulo o lançamento, no entanto será improcedente no mérito.

Passando ao exame do mérito, trata-se de matéria de fato relativa à prova da infração imputada à autuada.

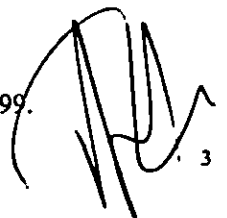
Revisei os autos e constatei o acerto da decisão recorrida. De fato, a fiscalização não coletou os elementos documentais necessários à inequívoca caracterização da infração descrita no auto de infração, apenas cuidou de relacionar valor e data de supostas ordens de pagamento, sem, todavia, trazê-las aos autos.

A meu ver a infração não restou devidamente caracterizada, o que seria encargo inicial da fiscalização fazê-lo.

Como regra geral, incumbe ao fisco o ônus de provar a existência do fato gerador tributário. Atente-se para o que determina art. 9º do Decreto-Lei 1.598/77¹, em especial o § 2º:

"Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

¹ Correspondente aos art. 174 do RIR/80; art. 223 do RIR/94 e art. 276, 923, 924 e 925 do RIR/99.



§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração."

Semelhante comando é encontrado no art. 79 do Decreto-lei 5.844/43². Prescreve o dispositivo:

"Art. 79. Far-se-á o lançamento *ex officio*:

(...)

§1º Os esclarecimentos prestados só poderão ser impugnados pelos lançadores, com elemento seguro de prova, ou indício veemente de sua falsidade ou inexatidão.

(...)"

Competia à fiscalização descrever corretamente a infração e reunir todos os elementos comprobatórios. Nessa linha, é a lição de Paulo Celso Bonilha³:

"Como bem salientou o saudoso e ilustre professor⁴, que se destacou de forma proeminente na literatura processual e tributária, a presunção de legitimidade do ato administrativo confere à Administração uma "*relevatio ab onere agendi*" e não uma "*relevatio ab onere probandi*", isto é, a presumida legitimidade do ato permite à Administração aparelhar e exercitar, diretamente, sua pretensão e de forma executória, mas esse atributo não a exime de provar o fundamento e a legitimidade de sua pretensão."

Não é diferente o entendimento pacífico deste Conselho, como bem ilustram os seguintes acórdãos:

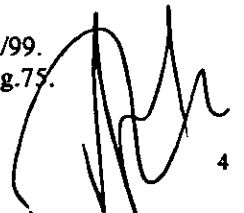
"IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - ÔNUS DA PROVA - Nos casos de lançamento por omissão de receitas, excetuando-se as presunções legais, incumbe a Fazenda provar os pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito."(Acórdão 108-07.124/2002).

"ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Compete ao Fisco, *ab initio*, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário ou da prática de infração praticada no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. O sujeito passivo somente poderá ser compelido a produzir provas em contrário quando puder ter pleno conhecimento da infração com vista a elidir a respectiva imputação." (Acórdão 103-20.594).

² Correspondente aos art. 678, §2º, do RIR/80; art. 894, §1º, do RIR/94 e art. 845, §1º, do RIR/99.

³ "Da Prova no Processo Administrativo Tributário", São Paulo, Dialética, 2ª edição, 1997, pág.75.

⁴ O "saudoso e ilustre professor" a quem se refere Bonilha é Gian Antonio Micheli.



“PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. Compete ao Fisco, como regra geral, a prova da ocorrência do fato gerador tributário.” (Acórdão 103-21.466).

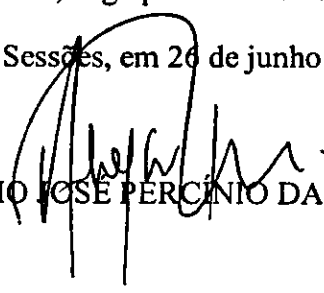
Dessa forma, entendo que a fiscalização não reuniu os elementos necessários para a inequívoca caracterização da infração.

A meu ver, o lançamento é improcedente e, portanto, a decisão recorrida deve ser prestigiada.

Conclusão

Pelo exposto, nego provimento ao recurso *ex officio*.

Sala das Sessões, em 26 de junho de 2008


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

