



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 14041.000895/2005-23
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-001.885 – 1ª Turma
Sessão de 18 de março de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

NULIDADE - CONVIVÊNCIA DE DOIS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DO LUCRO EM UM MESMO PERÍODO. O fato de a Fiscalização ao efetuar o lançamento com base no lucro arbitrado, declarar expressamente que, para efeito do arbitramento, está excluindo das receitas apuradas com base em depósitos bancários as receitas declaradas na DIPJ apresentada com base no lucro presumido, configura convivência de dois regimes de tributação num mesmo período, o que não é admissível pela lei.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - PROVA DOCUMENTAL APRESENTADA EM SEDE DE EMBARGOS - EXCEPCIONALIDADE - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL E DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL. Excepcionalmente, e tendo em conta a hipótese prevista na alínea “c” do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, é admissível o conhecimento de provas apresentadas em sede de embargos, mas desde que se trate de documentos não reclamados anteriormente e destinados a contrapor fatos ou razões que tenham influenciado a decisão e somente levantados no julgamento do recurso voluntário. Hipótese não configurada no caso sob exame.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA. JURÍDICA - IRPJ - EXERCÍCIO: 2002. NULIDADE - CONVIVÊNCIA DE DOIS REGIMES DE APURAÇÃO DO LUCRO EM UM MESMO PERÍODO - INOCORRÊNCIA - O procedimento do Fisco que reduz indevidamente a base de cálculo do arbitramento, em favor do contribuinte, não pode levar à interpretação de que estariam convivendo dois regimes de apuração do lucro - presumido e arbitrado - em um mesmo período de apuração, e não se constitui em motivo de nulidade. Recurso a que se nega provimento.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) Por maioria de votos, recurso conhecido. Vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, Valmar Fonseca de Menezes, André Mendes de Moura (Suplente Convocado) e Henrique Pinheiro Torres. 2) No mérito, pelo voto de qualidade, recurso negado provimento. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator), Paulo Roberto Cortez (Suplente Convocado), Joao Carlos de Lima Junior, Marcos Vinicius Barros Ottoni (Suplente Convocado) e Susy Gomes Hoffmann. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes.

(Assinado digitalmente)

Henrique Pinheiro Torres - Presidente Substituto

(Assinado digitalmente)

Marcos Vinicius Barros Ottoni – Redator Ad Hoc - Designado

(Assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes - Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Valmir Sandri, Valmar Fonseca de Menezes, Karem Jureidini Dias, Jorge Celso Freire da Silva, João Carlos de Lima Júnior, André Mendes de Moura (Suplente Convocado), Marcos Vinicius Barros Ottoni (Suplente Convocado), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente) e Henrique Pinheiro Torres (Presidente-Substituto). Ausente, Justificadamente, o Conselheiro Otacilio Dantas Cartaxo (Presidente).

Relatório

Em sessão plenária de 17 de abril de 2008, a 5ª Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, analisando recurso voluntário do contribuinte Saenco Saneamento e Construções Ltda., por meio do Acórdão 105-16.977, decidiu: (i), por unanimidade de votos, APRECIAR argumento de nulidade do lançamento alegado na sustentação oral; (ii) por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento; (iii) no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso.

Em 17 de junho de 2009, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, analisando Embargos de Declaração do contribuinte, pelo Acórdão 1301-00.121, por unanimidade de votos, acolheu os embargos para solucionar omissões e ampliar o provimento PARCIAL dado no acórdão 105-16.977 de 17 de abril de 2.008.

Inconformada, a contribuinte interpôs recurso especial em 10/05/2010 alegando divergência jurisprudencial acerca das seguintes matérias: (i) a possibilidade, ou não, de convivência de dois regimes de tributação do lucro em um mesmo ano-calendário; (ii) o dever do julgador administrativo de examinar documentos apresentados extemporaneamente.

Quando ao primeiro ponto acima, argumenta, em síntese, pela impossibilidade da convivência de dois regimes de tributação do lucro em um mesmo ano-calendário. Como

paradigma, citou jurisprudência da Oitava e da Quinta Câmaras do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, que entende divergentes da situação concreta, representada pelos acórdãos paradigma nº 108-09.831, de 05/02/2009, contido no processo nº 19740.000507/2006-21; e acórdão nº 105-16.483, de 23/05/2007, nos autos no processo nº 13855.001979/2003-85.

No que tange ao segundo ponto, sustenta que seria obrigatória a análise de documentos acostados aos autos em qualquer momento processual, em respeito aos princípios da instrumentalidade do processo e da verdade material. O dissídio jurisprudencial estaria estabelecido em face de decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais e da Oitava Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, representadas pelos acórdãos paradigma nº CSRF/03-04.371, de 16/05/2005, nos autos do processo nº 10825.001713/96-01; e nº 108-05.868, de 17/09/1999, proferido no processo nº 10480.004842/98-15.

O recurso especial teve seu seguimento negado pelo Presidente da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF, negativa essa que foi confirmada pelo Presidente Substituto da CSRF, ao examinar o agravo do contribuinte.

O sujeito passivo correu ao Poder Judiciário, impetrando Mandado de Segurança para que fosse dado seguimento ao recurso, obtendo a segurança pleiteada.

Em contrarrazões, a Fazenda suscita o não conhecimento do recurso por falta de identificação do subscritor, pela preclusão quando à arguição de nulidade do lançamento por suposta convivência de dois regimes de apuração do lucro no mesmo ano-calendário, por não demonstração da divergência jurisprudencial quanto aos dois temas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni, Redator Ad Hoc Designado

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, de competência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e, tendo em vista que o Conselheiro Valmir Sandri, relator do processo, não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, este Conselheiro foi designado Redator Ad Hoc pelo Presidente da 1ª Turma da CSRF, nos termos do item III, do art. 17, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (RICARF).

Destarte, levando-se em consideração a minuta de acórdão inicialmente apresentada pelo relator original quando do julgamento do recurso, bem como o seu resultado, proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais expresso na Ata da sessão ocorrida em março de 2014, passo a formalizar seu voto:

O primeiro aspecto a analisar é o teor da sentença concessiva da segurança. Reproduzo-a parcialmente:

“(…)

“10. Conforme relatado, pretende a impetrante que o seu Recurso Especial interposto no âmbito administrativo junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais seja conhecido e julgado.

11. Compulsando os autos, verifico que merece acolhida o pleito autoral. Isto porque, a decisão recorrida pela autora foi proferida em primeira instância administrativa, tratando-se de uma decisão monocrática.

12. Nestes termos, cumpre ressaltar que assim como ocorre no âmbito do Judiciário, no processo administrativo devem ser considerados os institutos do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Contudo, no presente caso, entendo que, caso o recurso pela impetrante não seja apreciado, estariam sendo violados os já referidos institutos.

13. No mais, há de se considerar o valor da multa imposta que é de R\$ 10.745.910,09. Logo, não se mostra razoável que a impetrante não goze da oportunidade de recorrer da decisão em primeira instância que manteve o pagamento da multa deste porte.

14. Além disso, conforme bem explanado pelo eminente relator do agravo de instrumento noticiado nos autos, tanto a jurisprudência do e.TRF1 como a do e. STJ, tem se posicionado no sentido da possibilidade de se interpor recurso especial em face da decisão monocrática da CSRF, considerando ainda que tal possibilidade está expressa no regimento interno desta câmara.

15. Neste ponto, por considerar oportuno, transcrevo, in verbis, a - decisão do Agravo de Instrumento no 37323-88.2011.4.01.0000/DF, a qual deferiu a liminar recursal da impetrante, relatado pelo eminente Desembargador Federal Catão Alves:

(…)

3 - Na espécie, a Agravante pretende que o seu Recurso Especial Administrativo seja apreciado pelo PLENÁRIO da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, mas o Presidente Substituto do aludido órgão julgador negou-lhe seguimento, ressaltando que "NÃO CABE RECURSO DESTA DECISÃO, nos termos do § 3º, do art. 71, do Anexo II, da Portaria MF nº 256/2009". (Documentos da inicial – 850211 -fls. 16.) (Grifei e destaquei.)

4 - Entendo, data venha, não haver razoabilidade em norma legal ou em Portaria que atribua a uma DECISÃO MONOCRÁTICA, seja de Agente Público do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, o status de IRRECORRÍVEL.

5- Assim, a decisão impugnada destoa do entendimento deste Tribunal:

(…)

6- Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

7- Nessa ordem de ideias, merece acolhida a pretensão da Agravante, uma vez que é inadmissível, no ordenamento jurídico brasileiro, **DECISÃO MONOCRÁTICA IRRECORRÍVEL**, impedindo o acesso do contribuinte recorrente ao plenário do órgão julgador e determinando a execução de decisão proferida por instância anterior como se já estivessem esgotadas todas as possibilidades de recurso, podendo causar-lhe danos irreparáveis, razão pela qual afiguram-se-me presentes risco de lesão grave e de difícil reparação e fundamentação relevante para concessão da medida pleiteada.

8 - O receio de dano decorre da mesma decisão "irrecorrível", que determinou a **EXECUÇÃO** de **ACÓRDÃO** de instância administrativa, objeto da controvérsia.

9 - Finalmente, ao contrário do que poderá ocorrer em relação à Agravante, nenhum prejuízo sofrerá a Agravada com a concessão da medida porque, enquanto não decidido, definitivamente, o recurso administrativo, suspenso estará a exigibilidade da dívida (Código Tributário Nacional, art. .151, III).

Pelo exposto, estando presentes, concomitantemente, o **FUMUS BONI IURIS** e o **PERICULUM IN MORA**, defiro, com espeque no art. 527, III, do Código de Processo Civil, o pedido, determinando à Agravada que proceda ao recebimento e exame da peça recursal, ficando suspensa a execução do acórdão nº 105-16.977, até que sobrevenha a eficácia da decisão definitiva a ser proferida no julgamento do recurso administrativo interposto.

16. Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada nos autos, para determinar que a impetrada receba e analise o Recurso Especial interposto pela impetrante, assim como para suspender a execução do acórdão nº 105-16.977, até o julgamento do recurso administrativo. (todos os destaques foram feitos por mim)

Portanto, cumprindo ordem do Poder Judiciário, passo a apreciar o Recurso Especial.

Duas são as questões invocadas para amparar o recurso especial, a primeira delas seria erro de metodologia do lançamento, pela aplicação concomitante de dois regimes de apuração no mesmo período. A ementa do acórdão, sobre essa questão, restou assim redigida:

Ementa: NULIDADE - CONVIVÊNCIA DE DOIS REGIMES DE APURAÇÃO DO LUCRO EM UM MESMO PERÍODO - INOCORRÊNCIA - O procedimento do Fisco que reduz indevidamente a base de cálculo do arbitramento, em favor do contribuinte, não pode levar à interpretação de que estariam convivendo dois regimes de apuração do lucro - presumido e arbitrado - em um mesmo período de apuração, e não se constitui em motivo de nulidade.

Consta do relatório que integra o Acórdão 105-16.977:

No memorial apresentado na sessão de julgamento, e também durante a sustentação oral feita da tribuna, o patrono da

recorrente trouxe um novo argumento, o qual não constava nem da impugnação nem do recurso voluntário.

Segundo afirma, o lançamento tributário feito pelo arbitramento do lucro teria abrangido apenas parte das receitas, sendo que outra parcela subsistiria tributada pelo lucro presumido. Sustenta que "da simples leitura do Termo de Verificação Fiscal, depreende-se que a base de cálculo do presente lançamento foi apurada partindo-se da somatória dos valores mensais constantes dos extratos bancários obtidos, depois de descontado os valores declarados na DIPJ 2002", e conclui tratar-se de vício que inquinaria de nulidade o lançamento, posto que não poderiam coexistir dois regimes de apuração do lucro em um mesmo período de apuração."

Com isso tem-se que, para essa matéria, o recurso atende o requisito de prequestionamento.

Para demonstrar o dissídio jurisprudencial a Recorrente indica os Acórdãos 108-09.831 e 105-16.483. Tomo, para comparação, o primeiro deles, cujas ementas rezam:

Ac. 108-09.831:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

LUCRO REAL E LUCRO ARBITRADO - Uma vez constatada a presunção legal de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários em contas-correntes da contribuinte, tidos como de origem não comprovada, revela-se inadequado o lançamento que tributa, isoladamente, as receitas omitidas com base no lucro arbitrado sem considerar a tributação das receitas declaradas nas DIPJ's apuradas com base no lucro real, caracterizando, assim, a utilização de dois regimes de apuração dos lucros tributáveis em relação a um mesmo ano calendário.

A existência de dissídio jurisprudencial aflora da análise dos aspectos delineadores da situação tratada pelo acórdão recorrido.

Conforme Descrição dos Fatos que integra o auto de infração, o contribuinte apresentou DIPJ pelo lucro presumido, informando valores de receitas incompatíveis com a movimentação financeira do ano, segundo os sistemas da Receita Federal. Não tendo atendido a intimação para apresentar os livros contábeis/fiscais e os extratos bancários, e tendo a Receita Federal apurado omissão de receitas, com base nos extratos bancários obtidos por RMF, foi lavrado auto de infração com base no lucro arbitrado.

O Termo de Verificação Fiscal consignou que “ *A base de cálculo do imposto são as receitas conhecidas, detectadas nos sistemas da Receita Federal e confirmadas pelos extratos bancários fornecidos pelos bancos, excluídas as receitas declaradas na DIPJ/2002, ano-base 2001, conforme Quadro Demonstrativo às fls. 779, ...*” .

Por seu turno, o Quadro Demonstrativo de fls. 779 tem a seguinte configuração:

Período	Valores apurados (1)	Valores declarados (2)	Diferenças a tributar (3)
Jan/01	(...)	(...)	(...)
Fev/01	(...)	(...)	(...)
Mar/01	(...)	(...)	(...)
Abr/01	(...)	(...)	(...)
Mai/01	(...)	(...)	(...)
Jun/01	(...)	(...)	(...)
Jul/01	(...)	(...)	(...)
Ago/01	(...)	(...)	(...)
Set/01	(...)	(...)	(...)
Out/01	(...)	(...)	(...)
Nov/01	(...)	(...)	(...)
Dez/01	(...)	(...)	(...)
Total	(...)	(...)	(...)

Observação: os valores da coluna (1) são os valores apurados com base nos extratos bancários, fornecidos pelos bancos. E os valores da coluna (2) são os declarados na DIPJ/2002, Ano-Base 2001. Consequentemente, os valores da coluna (3) resultaram das diferenças entre os valores apurados, coluna (1) e os declarados, coluna (2).

Portanto, temos que, no paradigma, restou entendido que, em caso de concomitante apuração de omissão de receitas e lançamento com base no lucro arbitrado, o lançamento com base no lucro arbitrado considerando apenas as receitas omitidas caracteriza a utilização de dois regimes de apuração dos lucros tributáveis em relação a um mesmo ano calendário. Já no acórdão recorrido, o entendimento foi oposto, configurando o dissídio jurisprudencial.

Conheço do recurso.

Quanto ao mérito, é inquestionável que a tese abraçada pelos acórdãos paradigmas está correta.

De fato, não é admissível que o contribuinte, num mesmo ano calendário, seja tributado concomitantemente por dois regimes de apuração, pelo lucro arbitrado e pelo lucro real ou presumido. O arbitramento de ofício representa o abandono, pelo Fisco, da escrita contábil-fiscal do contribuinte bem como a desconsideração de eventuais apurações do tributo por ele feitas.

Assim, quando a fiscalização caracteriza a hipótese de arbitramento e, ao mesmo tempo, apura omissão de receitas, cabe-lhe arbitrar o lucro, aplicando o coeficiente de arbitramento sobre o total das receitas conhecidas (as declaradas e as omitidas), e calcular o tributo devido sobre o lucro arbitrado, deduzindo, do valor apurado, o tributo pago ou confessado em DCTF, apurado pelo contribuinte com base no lucro real ou presumido.

No caso concreto, ao declarar expressamente que a base de cálculo do lançamento pelo lucro arbitrado levaria em conta as receitas conhecidas apuradas com base nos depósitos bancários, **excluídas as receitas declaradas na DIPJ/2002**, a fiscalização afirma que está acatando a tributação de parte das receitas pelo lucro presumido, ou seja, está submetendo o contribuinte a dois regimes de tributação num mesmo ano (lucro presumido e lucro arbitrado).

A legislação determina que o imposto será apurado por uma das formas de apuração, lucro real, presumido ou arbitrado (artigo 220 do RIR/99), e que a opção por uma das formas de apuração do lucro deve valer para todo o ano calendário (Art. 531, I, RIR/99).

Dessa forma, entendo que o lançamento, tal como efetuado, não pode subsistir, por estar em desacordo com a lei.

O segundo item objeto do recurso especial refere-se à falta de apreciação de documentos juntados em fase de embargos declaratórios. Alegou a Recorrente que o acórdão recorrido não apreciou documentos por não ser possível apresentar novas provas documentais naquela fase processual.

Alega a Recorrente que a decisão diverge de outras decisões do CARF, colacionando os Acórdãos CSRF/03-04.371 e 108-05.868.:

CSRF/03-04.371

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO — PROVA MATERIAL APRESENTADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO -- PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL E A BUSCA DA VERDADE MATERIAL - A não apreciação de provas trazidas aos autos depois da impugnação e já na fase recursal, antes da decisão final administrativa, fere o princípio da instrumentalidade processual prevista no CPC e a busca da verdade material, que norteia o contencioso administrativo tributário. "No processo administrativo predomina o princípio da verdade material no sentido de que aí se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador, pois o que está em jogo é a legalidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento". (Ac. 103- 18789 — 3ª Câmara - 1º C.C.).

Acórdão nº108-05.868

CSL - SUPOSTO ERRO NA CONVERSÃO DA CSL DEVIDA EM UFIR - PROVA DA EXATIDÃO DOS VALORES CONSTANTES DA DIRPJ FEITA PELO CONTRIBUINTE EM SEDE RECURSAL - AUTO DE INFRAÇÃO CANCELADO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - Tendo a Recte. comprovado que o lançamento tributário decorre de erro constante em sua Declaração de Imposto de Renda, mas que não enseja a imposição de tributo, deve a exigência fiscal ser cancelada, ainda que tal prova tenha sido trazida aos autos em momento processual impróprio, à luz do princípio da verdade material.

O dissídio jurisprudencial estaria representado pelo fato de o acórdão recorrido não ter conhecido de provas apresentadas após a impugnação e os paradigmas terem conhecido, levando em conta o princípio da verdade material e da instrumentalidade do processo.

Ante a demonstração da divergência jurisprudencial, conheço do recurso.

Quanto ao mérito, é preciso ter em conta que a estreita via dos embargos declaratórios destina-se apenas a aclarar a decisão embargada, sanando dúvidas, contradições

ou omissões da decisão, sem trazer nada de novo a exame. Assim, em regra, é inadmissível, em sede de embargos, a pretensão da apresentação de novas provas documentais.

Contudo, é de considerar que a possibilidade de apresentar provas em sede de embargos existe, sim, mas apenas em situações excepcionais, quando se trata de documentos não reclamados anteriormente e destinados a contrapor fatos ou razões que tenham influenciado a decisão e somente levantados no julgamento do recurso voluntário. Tratar-se-ia, nesse caso, de hipótese enquadrada na alínea “c” do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

E é isso que alega a Recorrente em memorial encaminhado a este Relator, quando afirma que “os documentos que foram trazidos em sede de Embargos de Declaração referem-se a depósitos específicos cujas origens o D. Conselheiro Relator do Recurso Voluntário entendeu que não estariam suficientemente comprovadas (**anexo 3**). Vale dizer, a documentação apresentada em sede de Embargos de Declaração só foi trazida aos autos naquele momento, em complementação àquela anteriormente acostada, e por ter o D. Relator do Recurso Voluntário mantido entendimento que aquelas seriam insuficientes. Ou seja, a justificativa para a apresentação a posteriori foi clara, tão somente para contraditar razões trazidas na decisão objeto de embargo, nos termos do que determina o Decreto nº 70.235/72, em seu artigo 16, § 4º alínea c, combinado com o § 5º” ...”:

Isto posto, examino-os.

Inicialmente, transcrevo os trechos dos acórdãos recorridos (original e em embargos) relacionados com os documentos cuja apreciação reclama.

Acórdão 105.16.977

Voto:

O ANEXO 7 (fls. 1421 e segs.) trata de créditos originados alegadamente pela transferência por mútuo, de empresas ligadas ou coligadas. Os documentos são identificados, seqüencialmente, de acordo com a empresa que ocupa a outra ponta no contrato de mútuo, a saber: (...); 7.7 — Grupo OK Construções e Empreendimentos Ltda. (fls. 1981/2231); (...)

(...)

Para os documentos identificados como 7.7 — Grupo OK Construções e Empreendimentos Ltda. (fls. 1981/2231), constato que se trata de um contrato estritamente particular, datado de 01/12/2000, que apresenta como mutuária a interessada SAENCO, representada pelo Sr. Lino Martins Pinto, e como mutuante Grupo OK Construções e Empreendimentos Ltda., representada pelo Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto. O contrato tem duas testemunhas e não foi registrado em cartório, tendo sua validade, portanto, restrita às partes. Além desse contrato, encontro documentos diversos, no mais das vezes, correspondências, assinadas por pessoas não identificadas, nas quais a mutuante comunica à mutuária depósitos efetuados em suas contas-correntes, e bloquetos de pagamentos de valores devidos à mutuante.

(...)

Os documentos dos grupos 7.7 e 7.8 apresentam maior complexidade, visto que surgem, em diversos casos, outros

documentos que, de fato, comprovam a origem afirmada pela recorrente. As tabelas abaixo especificam, em cada caso, o valor tido por comprovado e, no caso de não aceita a comprovação, o respectivo motivo, na coluna intitulada "situação".

(tabela omitida.)

Situação:

- 1. Documento não localizado no processo.*
- 2. Falta de comprovação de que os valores foram creditados pela alagada mutuante ou por sua ordem.*
- 3. Não coincidência de valores entre o depósito e os documentos apresentados.*
- 4. Segundo os documentos apresentados, os valores pertenciam a Grupo OK Construções e Incorporações S.A., CNPJ 01.535.160/0001-06, e não à alegada mutuante.*

(...)

Ac. 1301-00.121 (embargos)

Relatório:

4. Acerca da origem dos depósitos efetuados na conta bancária da embargante, faz juntar aos autos nova leva de documentos (fls. 3194/3295), sustenta que os contratos de mútuo que firmou com diversos parceiros e apresentou ao Fisco foram celebrados de acordo com o Código Civil e seriam válidos e oponíveis a terceiros. Tece especificamente as seguintes considerações:

a. (...)

(...)

e. Alega omissão na análise dos documentos intitulados Anexo 7, itens 7.7 e 7.8. Desse grupo, alguns valores foram aceitos como comprovados e outros não. A embargante sustenta que todos os valores correspondem à mesma causa, a saber, mútuo, e estariam devidamente comprovados.

f. Sobre os itens identificados como "em situação 4 — valores pertenciam a GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S/A", traz documentos que, por sua ótica, comprovariam que a propriedade dos empreendimentos que deram causa aos pagamentos era da embargante.

h. Faz anexar tabela (fls. 3194/3195) para auxiliar na localização, no processo, dos documentos referentes a alguns dos itens.

Voto:

(...)

4. Acerca da origem dos depósitos efetuados na conta bancária da embargante, faz juntar aos autos nova leva de documentos (fls. 3194/3295), sustenta que os contratos de mútuo que firmou com diversos parceiros e apresentou ao Fisco foram celebrados de acordo com o Código Civil e seriam válidos e oponíveis a terceiros.

Acerca dos novos documentos acostados ao processo, esclareça-se de plano que é inadmissível sua análise nesta fase processual. O momento para produção de provas estabelecido pelo Decreto nº 70.235/1972 já passou, e não consta que se esteja diante de alguma das exceções ali elencadas.”

Ora, como visto, não se trata de documentos não reclamados anteriormente, cuja necessidade de apresentação decorreu de fatos ou razões que tenham influenciado a decisão e somente levantados no julgamento do recurso voluntário. A prova da origem dos recursos é reclamada desde o procedimento fiscal, e se faz por documentos coerentes em data, valor e sujeitos envolvidos.

Por oportuno, lembro que a decisão em embargos declaratórios integra o acórdão embargado, de modo a sanar vícios nele apontados. E a interpretação veiculada pelo Acórdão recorrido (105.16.977) em nada diverge das interpretações dos paradigmas, sobre a possibilidade de apresentar prova em grau de recurso voluntário. A conferir:

“Em sede de recurso, a interessada junta vasta documentação, por ela intitulada anexos 01 a 08, acostada aos autos às fls. 1248/2271, com a qual pretende comprovar as origens dos créditos bancários e, por conseguinte, a inexistência da omissão de receitas e a improcedência do arbitramento dos lucros. Embora se trate de provas trazidas intempestivamente, em desacordo com o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, entendo que devem ser analisadas. Em primeiro lugar, em homenagem ao princípio da verdade material, o qual deve sempre nortear o processo administrativo fiscal. Em segundo lugar, em face da controvérsia surgida quando da intimação para esclarecer a origem dos depósitos, ainda durante a fiscalização, para que não reste qualquer dúvida sobre o direito de ampla defesa franqueado ao contribuinte. Passo, pois, a analisar esses documentos.”(destaquei).

Entendo não configurado o dissídio quanto a esta matéria.

Pelas razões expostas, conheço do recurso apenas em relação à primeira matéria, e dou-lhe provimento, para cancelar as exigências de IRPJ e CSLL.

(Assinado digitalmente)
Marcos Vinícius Barros Ottoni.

Voto Vencedor

Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes, Redator Designado

Com as devidas vênias, esta Câmara, após exaustivos debates, decidiu por manter o entendimento da decisão recorrida, consubstanciada no voto condutor do eminente Conselheiro Waldir Veiga Rocha, o qual transcrevo, a seguir, na parte que interessa à solução da lide:

“(…)

Em preliminares, a recorrente argüi diversas nulidades que, por sua ótica, teriam ocorrido no processo, acarretando inobservância do devido processo legal e cerceamento de seu direito de defesa, as quais passo a analisar.

- *Argüição de nulidade pela convivência de dois regimes de apuração (Lucro Presumido e Lucro Arbitrado) em um mesmo período de apuração.*

Conforme já destacado no relatório, este questionamento não constava nem da impugnação nem do recurso voluntário e, à luz das disposições do art. 16, inciso III, e 17, ambos do Decreto nº 70.235/1972, não deveria ser considerado, por apresentado a destempo.

No entanto, por se tratar de matéria que, se acolhida, implicaria a nulidade do lançamento, este Colegiado decidiu que deve ser apreciada, o que passo a fazer.

Compulsando os autos, verifico que, na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, ao especificar a base de cálculo do lançamento, o autuante se limita a dizer que essa base seria o total dos valores sem comprovação de origem, depositados/creditados em contas bancárias da autuada, descontados os valores que constam da DIPJ 2002. Remete, ainda, a demonstrativo específico elaborado pelo Fisco para bem quantificar a base de cálculo em questão. O exame desse demonstrativo reforça que, de fato, dos totais dos depósitos bancários sem comprovação de origem foram subtraídos os valores declarados em DIPJ.

A recorrente afirma que esse procedimento do Fisco teria o condão de fazer com que subsistissem dois regimes de apuração do lucro em um mesmo período de apuração: o lucro presumido, adotado pela fiscalizada em sua DIPJ, e o lucro arbitrado, empregado pelo Fisco no lançamento de ofício. Não lhe assiste razão.

Em primeiro lugar, porque, ao proceder ao arbitramento do lucro, pelos motivos que constam do auto de infração, o Fisco expressamente abandona tudo que o contribuinte pudesse ter feito anteriormente no sentido de apurar o imposto: tanto sua escrita contábil-fiscal (a qual sequer foi apresentada) quanto eventuais declarações tempestivamente apresentadas.

Em segundo lugar, porque, mesmo que houvesse a intenção de exigir parte do imposto pelo lucro arbitrado e parte pelo lucro presumido o que, ressalto, não encontro em qualquer parte dos autos e somente admito para fins de argumentação seria impossível fazer qualquer exigência com base no lucro presumido: a DIPJ, apresentada tempestivamente, é declaração meramente informativa, não é confissão de dívida e não se presta para fins de cobrança, muito menos de execução; as DCTFs, que poderiam se prestar a esses fins, não foram apresentadas tempestivamente, mas somente após o início do procedimento de fiscalização, pelo que não podem ser consideradas, à luz da legislação vigente. Assim, no caso em

tela, apenas o lançamento de ofício, pelo lucro arbitrado, é hábil a exigir o imposto.

Qualquer que tenha sido a intenção do autuante ao subtrair dos totais de depósitos de origem não comprovada os valores que constavam da DIPJ, o único efeito que isso traz ao lançamento é o de reduzir indevidamente, em favor do contribuinte, a base de cálculo do lançamento. Em nenhuma hipótese teria o condão de fazer conviverem dois regimes de apuração do lucro, como deseja fazer crer a recorrente, nem traz qualquer nulidade ao lançamento.

(...)”

Diante de tão bem fundamentadas razões, que adoto, voto por negar provimento ao Recurso do Contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes