



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Recurso nº. : 126.176
Matéria : IRPJ e OUTROS - Ex (s): 1994
Recorrente : ACMA PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 07 de novembro de 2001
Acórdão nº. : 104-18.432

REEXAME DE PERÍODO JÁ FISCALIZADO – AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL – NULIDADE DO LANÇAMENTO – É nulo o lançamento decorrente de segundo exame em relação a um mesmo exercício; se ausente a autorização prevista no artigo 951, § 3º do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994, firmada por autoridade competente.

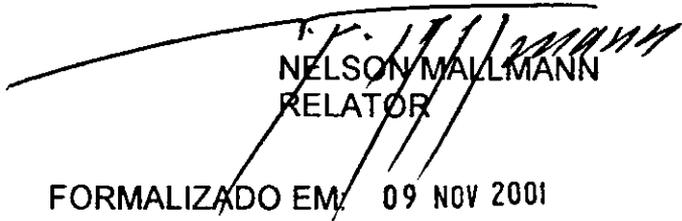
Preliminar de nulidade acolhida.

Exame de mérito prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ACMA PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade do lançamento por falta de autorização legítima para o reexame de período já fiscalizado, suscitada pelo sujeito passivo, para declarar nulo o crédito tributário constituído, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM 09 NOV 2001

D



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, SÉRGIO MURILO MARELLO (Suplente convocado), JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432
Recurso nº. : 126.176
Recorrente : ACMA PARTICIPAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

ACMA PARTICIPAÇÕES LTDA., (Banco Itamarati S/A), contribuinte inscrito no CGC/MF 61.602.801/0001-11, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Rócio, n.º 291, Bairro Vila Olímpia, jurisdicionado à DEINF/SÃO PAULO, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 181/193, prolatada pela DRJ em São Paulo - SP, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 203/238.

Contra o contribuinte, acima mencionado, foi lavrado, em 24/11/98, os Autos de Infrações: (1) - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 106/111; (2) – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Retificação de Prejuízo Fiscal – Multa Regulamentar de fls. 112/116; e (3) – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de fls. 115/116, com ciência em 24/11/98, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 1.135.783,77 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Retido na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% (art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96), e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto, referente ao fato gerador de março/93, bem como, Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Redução de Prejuízo Fiscal – Multa Regulamentar e Contribuição Social – Base Cálculo Negativa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde constatou-se as seguintes irregularidades:

1 – **Custos ou despesas não comprovadas**: Contabilização de prejuízo em operações com ativos financeiros – “Hedge de Taxa de Juros” sem a devida comprovação. Infração capitulada nos artigos 157, § 1º, 191, 192, 197 e 387, inciso I, do RIR/80, para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica; e artigos 38 e 39, da Lei nº 8.541/92; artigo 2º e seus parágrafos, da Lei nº 7.689/88; e artigo 11 da Lei Complementar nº 70/91, para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Redução do prejuízo fiscal acumulado e base de cálculo negativa da Contribuição Social;

2 – **Aplicação da multa regulamentar por inobservância de obrigação acessória**: Multa decorrente da inobservância de obrigação acessória que retarde ou impossibilite o conhecimento, pelo fisco, de condições essenciais da ocorrência do fato gerador ou da constituição do crédito tributário, preenchimento incorreto do Livro de Apuração do Lucro Real, relativo ao Prejuízo Fiscal apurado indevidamente. Infração capitulada no artigo 723 do RIR/80, artigo 2º da Lei nº 7.784/89, artigo 10 da Lei nº 8.218/91 e artigo 3º, inciso I da Lei nº 8.383/91;

3 – **Omissão de receitas e/ou redução do lucro líquido – Custos ou despesas não comprovadas**: Contabilização de prejuízo em operações com ativos financeiros – “Hedge de Taxa de Juros” sem a devida comprovação. Infração capitulada no artigo 44, da Lei nº 8.541/92 – Para o Imposto de Renda na Fonte.

O Auditor Fiscal da Receita Federal, atuante, esclarece, ainda, através do Termo de Verificação de fls. 104/105, entre outros, os seguintes aspectos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que em 27/03/98, iniciamos os procedimentos de fiscalização intimando o contribuinte (Banco Itamarati S/A) a apresentar a contabilização do prejuízo apurado sob a rubrica 8.115.010-8 – prejuízo em operações com ativos financeiros – “Hedge de Taxa de Juros” constando pagamento à Parquet Paulista Indústria e Comércio de Pisos Imp. e Exp. Ltda., CGC 57.436.545/0001-62, e documentação que suportou os lançamentos supra mencionados;

- que o contribuinte anexou cópia de Contrato de Instrumento de Promessa de Cessão de Direitos Creditórios e outros Pactos firmados com a Parquet.

Irresignado com o lançamento, o autuado, apresenta, tempestivamente, em 23/12/98, a sua peça impugnatória de fls. 119/137, instruída pelos documentos de fls. 138/171, solicitando que seja acolhida a impugnação, declarando, por via de consequência, a insubsistência do Auto de Infração com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, em preliminar, falta de autorização para um segundo exame, tem-se que anteriormente à ação fiscal que resultou na lavratura dos Autos de Infrações ora guerreados, a Secretaria da Receita Federal, através do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, Ives Trentin Vidigal, promoveu uma ação fiscal junto à impugnante, cuja razão social era Banco Itamarati S/A, quando foram examinados os atos praticados e as operações realizadas nos períodos-base encerrados nos anos-calendário de 1992 a 1994;

- que na ocasião foram lavrados 5 (cinco) Autos de Infração, para exigir créditos tributários no montante de 52.260.475,71 UFIR, como comprova o Termo de Encerramento de Ação Fiscal de 23/05/95;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que de acordo com parágrafo terceiro do artigo 951, do RIR/94, só seria possível a realização de um segundo exame, mediante prévia ordem escrita do Superintendente ou do Delegado da Receita Federal, exigência esta que não foi observada;

- que sem estar autorizado por escrito por seu superior hierárquico, o Auditor Fiscal não poderia Ter realizado o segundo exame nos atos praticados e nas operações realizadas pelo contribuinte, no decorrer do ano-calendário de 1993, que culminou na lavratura dos Autos de Infrações aqui contestados;

- que, conseqüentemente, são totalmente nulos os lançamentos efetuados, visto que são produto de fiscalização realizada à revelia da lei;

- que, em preliminar, da decadência do direito de lançar, tem-se que o fato gerador do imposto na fonte, supostamente devido, ocorreu no mês de abril de 1993;

- que, portanto, em 24/11/98, data da lavratura dos Autos de Infração, já havia decaído o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, por haver decorrido mais de 5(cinco) anos da data do suposto fato gerador, visto tratarem-se de impostos sujeitos ao lançamento por homologação, na forma do artigo 150 e seu parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional;

- que, em preliminar, falta dos pressupostos legais para o lançamento, tem-se que é totalmente ausente a descrição da matéria tributável, tornando os Autos de Infração irremediavelmente nulos;

- que, em preliminar, preterição ao direito de ampla defesa, tem-se que na medida em que o Agente Fiscal deixa de esclarecer ao contribuinte os motivos de fato e de direito que teriam ensejados as exigências de ofício, impossibilita-o de contestá-los, de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

forma ampla e adequada, caracterizando assim a mais completa preterição ao direito de defesa, garantida na Constituição Federal;

- que o Auditor Fiscal, além de não especificar a matéria tributável, acusa o contribuinte de Ter infringido o artigo 44 e seus parágrafos da Lei nº 8.541/92, cujo texto não guarda nenhuma relação com os fatos por ele descritos;

- que da mesma forma, constata-se que o lançamento é nulo, porque carece de elementos básicos que possibilitem à autuada o entendimento da suposta infração apurada e da sua correlação com a disposição legal indicada pelo Auditor Fiscal;

- que, no mérito, tem-se que apesar da ausência de clareza do autor do feito, ao descrever os fatos e a matéria tributável, e, ainda, ao capitular a suposta infração fiscal, a autuada supõe que os lançamentos de ofício deveram-se à falta de apresentação do contrato firmado com a empresa Parquet Paulista Ind. E Com. de Pisos Imp. E Exp. Ltda., visto que exibiu todos os demais elementos solicitados, necessários à comprovação da regularidade da operação financeira realizada;

- que inexistindo lei que obrigasse a autuada a pactuar por escrito a operação financeira realizada, não poderia o fisco considerar como infração fiscal a sua não apresentação, ou mesmo a sua inexistência;

- que, por hipótese, ainda que a lei exigisse que o contrato entre as partes fosse escrito, a falta da sua apresentação ou a sua inexistência, por si só, não caracterizaria omissão de receitas ou redução indevida do lucro líquido, inclusive por que o contribuinte exibiu ao auditor fiscal outros elementos comprobatórios da efetiva realização da operação financeira e da sua regular contabilização;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que conclui-se que, inicialmente, o contribuinte apresentou à fiscalização os lançamentos contábeis da operação financeira analisada e que, posteriormente, complementou a documentação de suporte com a exibição das cópias dos cheques utilizados na operação;

- que é de notar que o auditor fiscal não identificou irregularidades na contabilização da operação financeira, nem nos cheques apresentados;

- que na operação financeira que realizou, o contribuinte sofreu prejuízo que regularmente registrou em seus livros contábeis, como constatou o próprio auditor fiscal, tanto que intimou a fiscalizada a apresentar a contabilização desse resultado negativo na conta – Prejuízos em Operações com Ativos Financeiros -;

- que os referidos cheques foram emitidos nominalmente e cruzados, e regularmente liquidados pelo sistema de compensação bancária, ou seja demonstram a transparência e a regularidade das movimentações financeiras realizadas. Totalizam, na expressão monetária então vigente, o montante de Cr\$ 37.505.487.839,00;

- que registre-se que o agente fiscal não se preocupou em diligenciar junto à outra parte contratante (Parquet), para verificar se possuía uma via do contrato, ou mesmo para checar a normalidade da operação financeira que então analisava. Tal procedimento se justificaria pelo simples fato de que foi a outra parte que auferiu lucro na operação financeira, sujeito à tributação;

- que não possuindo provas da efetiva ocorrência de omissão de receitas, o agente fiscal injustamente penalizou a empresa, ao lançar créditos tributários que sabia, ou deveria saber, indevidos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que quanto à multa regulamentar aplicada, no valor de R\$ 80,80, relativa ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, a impugnante desconhece seus motivos de fato e de direito, pois os Termos lavrados pelo autor do feito se calam a respeito.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as razões apresentadas pelo impugnante, a autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção do crédito tributário, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, na preliminar de falta de autorização para um segundo exame, ocorre que o Ministro da Fazenda, mediante a Portaria nº 227, de 03/09/98, que aprova o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, confere à Divisão de Fiscalização, a competência para, dentre outras atribuições, elaborar os programas de fiscalização e promover sua execução após aprovados, e selecionar dentro de parâmetros técnicos, contribuintes para ação fiscal (artigo 119, incisos I e II, do citado Regimento);

- que ante a concordância do Chefe da DIFIS da Delegacia Especial das Instituições Financeiras de São Paulo, expressa à fls. 188, com a ação fiscal desenvolvida, de que resultou a exigência consubstanciada nos presentes autos, com a competência outorgada pelo Ministro da Fazenda, suprida está a autorização para a fiscalização em relação a ano-calendário já objeto de outra ação fiscal;

- que, na preliminar de decadência do direito de lançar, verifica-se que o lançamento por homologação pressupõe a existência de um pagamento previamente efetuado pelo contribuinte, posto que a "atividade assim exercida pelo obrigado", a que se refere o "caput" do artigo, é a antecipação do pagamento dos tributos, sem prévio exame da autoridade administrativa. Inexistindo qualquer pagamento do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, lançado com base no artigo 44 da Lei nº 8.541/92, não há que se falar em lançamento por homologação;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que tratando-se de fato gerador ocorrido em abril de 1993, inicia-se em 1º de janeiro de 1994 a contagem do prazo decadencial. Assim, somente em 1º de janeiro de 1999 ter-se-ia operado a decadência do direito de lançar o IRRF;

- que a dedução de custos ou despesas não comprovadas acarretou ainda a majoração indevida do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, apurada conforme demonstrativos de fls. 114 e 116, dando ensejo ao lançamento da multa regulamentar;

- que o contribuinte apurou, no mês de abril de 1993, prejuízo fiscal em montante superior ao valor dos custos ou despesas sem comprovação, conforme a Demonstração do Lucro Real de fls. 40. Não houve, por conseguinte, qualquer recolhimento de IRPJ em relação ao mesmo período;

- que ainda que se entendesse que se aplica ao IRPJ o lançamento por homologação, este não se teria configurado, devido à inexistência de pagamento do imposto;

- que o termo inicial de contagem do prazo decadencial, previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, é antecipado com a ocorrência de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, de acordo com o parágrafo único;

- que, nesse contexto, a entrega da declaração anual de rendimentos da pessoa jurídica se configura em evento relevante na contagem do prazo decadencial, na qualidade de medida preparatória indispensável ao lançamento, prevista no art. 173, parágrafo único, do CTN;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que uma vez que a entrega da declaração de rendimentos do exercício de 1994, ano-calendário de 1993, deu-se aos 29/04/1994 (fls. 179), somente após 29/04/1999 configurar-se-ia a decadência do direito de lançar o IRPJ relativo ao ano-calendário de 1993;

- que o prazo decadencial para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – é de 10 (dez) anos, conforme prevê o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, bem como o artigo 70 do Regulamento da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº 2.173/97;

- que a citada Lei nº 8.212/91 dispõe sobre a organização da Seguridade Social, instituindo seu Plano de Custeio, e estabelece normas, dentre outras, relativas às contribuições sociais que compõem a sua receita, inclusive a contribuição social das empresas incidente sobre os seus lucros;

- que diante das considerações acima, resulta não acolhida a preliminar de decadência relativa ao IRRF, bem assim à majoração indevida do Prejuízo Fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL;

- que a ação fiscal desenvolvida, desde o início, exigiu a comprovação de um lançamento específico de prejuízo em operações financeiras, tendo sido a autuação motivada pela ausência de comprovação desse prejuízo, cuja indevida dedução acarretou a redução do lucro líquido;

- que estando presentes os requisitos exigidos na legislação de regência, para a formalização do lançamento, notadamente o esclarecimento dos motivos de fato e de direito que deram ensejo à exigência, como já se asseverou no item antecedente, não tem respaldo a alegação de ocorrência de preterição do direito de defesa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que, no mérito, o contribuinte argumenta que não estava obrigado por lei a pactuar por escrito a operação financeira realizada, e, nesse caso, a manifestação de vontade de contratar poderia ser tácita, nos termos do artigo 1.079 do Código Civil;

- que afirma que os lançamentos contábeis, bem como os cheques emitidos em favor da empresa Parquet serviriam para documentar a operação financeira analisada, e que o atuante estava obrigado a considerá-la regular, por não Ter colhido qualquer elemento que pudesse colocar em dúvida a sua legalidade;

- que, no entanto, segundo se depreende da leitura do artigo 195, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e o do artigo 174, § 1º, do RIR/80, os lançamentos contábeis devem estar documentalmente comprovados;

- que não foi apresentada qualquer prova da manifestação de vontade da empresa Parquet, em relação à contratação da operação financeira que teria acarretado prejuízo à atuada;

- que os cheques emitidos pela atuada apenas demonstram a movimentação de numerário de uma para outra empresa, não havendo nos autos qualquer elemento comprobatório da existência da operação financeira que teria acarretado prejuízo que justificasse essa transferência de recursos;

- que somente se uma prova documental hábil houvesse sido apresentada, caberia ao fisco o ônus de demonstrar a inveracidade dos fatos correspondentes. É o que dispõe o § 2º do artigo 174 do RIR/80;;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que alega o contribuinte que os fatos descritos no Termo de Verificação não possuem qualquer relação com o artigo 44 e parágrafos, da Lei nº 8.541/92, posto que não teria ocorrido qualquer omissão de receita;

- que é equivocado o entendimento da empresa de que a exigência funda-se na presunção de omissão de receitas. A dedução de custos ou despesas não comprovadas caracteriza, por óbvio, redução indevida do lucro líquido e não omissão de receitas;

- que ocorre que, em ambas as hipóteses, o artigo 44 da Lei nº 8.541/92 determina que o valor correspondente será considerado automaticamente recebido pelos sócios, acionistas ou titular da empresa individual;

- que argumenta o contribuinte que o § 2º do artigo 44 da Lei nº 8.541/92, proíbe a sua aplicação ao presente caso. Entretanto, as deduções a que se refere o parágrafo são aquelas que não implicam movimentação de recursos, como por exemplo, a contabilização de depreciação em montante superior ao legalmente aceito;

- que no caso sob análise, ocorreu a movimentação de recursos, supostamente em razão de apuração de prejuízo em operação financeira. A falta de comprovação desse prejuízo acarreta a redução indevida do lucro líquido, autorizando a presunção legal de entrega do valor correspondente aos sócios ou acionistas;

- que o artigo 723 do RIR/80 estabelece os valores da multa a ser aplicada no tocante às infrações ao Regulamento do Imposto de Renda sem penalidade específica. Os demais atos legais citados pelo autuante referem-se às sucessivas atualizações monetárias e conversões desses valores em índices aplicáveis na determinação dos créditos tributários;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que dessa forma, estando presentes na autuação os pressupostos exigidos para a formalização do lançamento da multa regulamentar, cabe a manutenção da exigência.

As ementas que consubstanciam os fundamentos da decisão da autoridade singular são as seguintes:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de Apuração: 01/04/1993 a 30/04/1993

Ementa: PRELIMINAR. AUTORIZAÇÃO PARA UM SEGUNDO EXAME. Sendo do conhecimento do Chefe da Divisão de Fiscalização a ação fiscal desenvolvida, e competindo a este, nos termos do Regimento Interno da SRF, aprovado pelo Ministro da Fazenda, promover a execução dos programas de fiscalização, suprida está a autorização para um segundo exame na contabilidade do contribuinte, notadamente quando divergente o objeto das ações fiscais.

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. O lançamento por homologação pressupõe a existência de um pagamento previamente efetuado pelo contribuinte. No tocante ao IRRF, ausente tal pagamento, inicia-se a contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia Ter sido efetuado.

PRELIMINAR. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O LANÇAMENTO. Não se vislumbra a ausência de qualquer requisito exigido na legislação de regência, para a formalização do lançamento, posto que foram devidamente mencionados os motivos de fato e de direito que ensejaram a autuação.

CUSTOS OU DESPESAS NÃO COMPROVADAS. O lançamento contábil sem respaldo em prova documental hábil não faz prova a favor do contribuinte. A simples apresentação de cheques emitidos pelo contribuinte prova a transferência de recursos, mas não a efetividade do prejuízo em operação financeira que justificasse essa transferência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

IRRF. A redução indevida do lucro líquido, caracterizada pela dedução de prejuízo em operação financeira não comprovado, autoriza a presunção legal de transferência de recursos aos sócios ou acionistas.

MULTA REGULAMENTAR. Tendo sido devidamente descrita a motivação do lançamento da multa regulamentar, consistente no preenchimento incorreto do Livro de Apuração do Lucro Real, relativo ao Prejuízo Fiscal indevidamente majorado, pela escrituração de custos ou despesas não comprovadas, mantém-se a exigência.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 18/09/00, conforme Termo constante às fls. 194 , e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (18/10/00), o recurso voluntário de fls. 203/238, instruído pelos documentos de fls. 239/244, no qual demonstra irrisignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que o simples fato do Chefe da Divisão de Fiscalização conhecer da ação fiscal desenvolvida, não supre a exigência expressamente exigida em lei para a validade do procedimento fiscal nesses casos, o que faz quedar por terra o argumento da autoridade monocrática acerca desta questão preliminar;

- que nada foi recolhido à título de IRRF em razão de a recorrente nada dever a esse título, até porque o valor do IRRF apurado com base no art. 44, da Lei nº 8.541/92, é típico de lançamento de ofício, não podendo, por isso mesmo, cogitar-se de seu recolhimento espontâneo por iniciativa do contribuinte;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

- que os fatos que ensejaram o lançamento de ofício nos moldes da referida norma vinculam-se a procedimentos adotados na área do IRPJ, submetendo-se, por isso mesmo, ao prazo decadencial previsto para tal imposto;

- que a propósito do prazo decadencial aplicável ao IRPJ, convém observar que a jurisprudência em voga perante o Primeiro Conselho de Contribuintes, e também na Câmara Superior de Recursos Fiscais, consagra o entendimento de que, a partir do período-base iniciado em 1º de janeiro de 1992, o IRPJ passou a ser submetido ao lançamento por homologação, cuja fluência do prazo decadencial ocorre em 5(cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador;

- que o mesmo entendimento se aplica ao IRRF, especialmente, na hipótese de presunção de distribuição de lucros, tal qual ocorre no presente caso;

- que finalmente, há uma questão de direito a ser enfrentada, fundamental para a correta quantificação do pretense crédito tributário, qual seja, a ilegalidade da incidência da famigerada taxa SELIC sobre o quantum debeatur, a qual vem sendo utilizada como se fora juros de mora.

Consta às fls. 239/240 a Carta de Fiança no valor de R\$ 444.650,00, equivalente a 30% do crédito tributário ora em discussão, no total de R\$ 1.482.162,67, conforme previsto no Decreto nº 3.717, de 03/01/01.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Da análise do processo, se verifica que a discussão, nesta instância, restringe-se tão-somente nas preliminares e na dedução de custos ou despesas não comprovadas.

Sendo que preliminares, versam sobre nulidade do lançamento e sobre o prazo decadencial. E a matéria de fato, versa sobre uma pretensa dedução de custos ou despesas não comprovadas, oriunda de uma operação financeira de Hedge, realizada entre o autuado (Banco Itamarati S/A) e a empresa Parquet Paulista Indústria e Comércio de Pisos Imp. e Exp. Ltda.

Antes de entrar na discussão, se faz necessário esclarecer, que a sociedade ACMA Participações Ltda., sucedeu o Banco Itamarati S/A, já que na Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 01 de março de 1997, foi aprovada a transformação do Banco em uma sociedade por quotas de responsabilidade Ltda., cuja finalidade passou a ser exclusivamente a participação no capital social de outras sociedades e a prestação de serviços de planejamento empresarial às sociedades de que participa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

A discussão, neste processo, está vinculado, inicialmente, nas preliminares de nulidade do lançamento e na preliminar de decadência do direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário.

Da análise das preliminares, entendo que duas, pelo seu conteúdo, devem merecer atenção especial pelos membros deste Colegiado, quais sejam: a preliminar de nulidade do lançamento, tendo em vista a falta de autorização para um segundo exame em relação ao mesmo exercício já fiscalizado e com crédito tributário constituído, e a preliminar de decadência do direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário, através do lançamento.

No tange a preliminar de nulidade por falta de autorização para reexame de período já fiscalizado, alega, o suplicante, que conforme já ressaltado na peça impugnatória, a fiscalização já havia, anteriormente (no ano de 1995), fiscalizado e autuado a recorrente (à época denominada Banco Itamarati S/A), em relação ao ano-calendário objeto do presente lançamento. Sendo que na oportunidade foram lavrados 5(cinco) Autos de Infração, exigindo um crédito tributário no montante de 52.260.475,71 UFIR, a título de IRPJ e demais exigências reflexas, referente aos anos-calendários de 1992, 1993 e 1994.

Entende, ainda, a suplicante, que o simples fato do Chefe da Divisão de Fiscalização conhecer da ação fiscal desenvolvida, não supre a exigência expressamente exigida em lei para a validade do procedimento fiscal nesses casos.

O assunto está disciplinado nas seguintes normas:

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994 (RIR/94):



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

“Art. 951. Os Auditores- Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências necessárias e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354/54, art. 7º).

.....
§ 3º Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Leis nºs 2.354/54, art. 7º, § 2º, e 3.470/58, art. 34)”

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99):

“Art. 906 - Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).”

É conclusivo, que a razão está com a recorrente, já que a autorização prevista neste dispositivo legal constitui requisito indispensável à formação do lançamento tributário.

É certo que o artigo se refere a exame de livros e documentos de contabilidade dos contribuintes, bem como se refere igualmente a realização de diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, e das informações prestadas, e verificar o cumprimento das obrigações fiscais.

O fornecimento e manutenção da segurança jurídica pelo Estado de Direito no campo dos tributos assume posição fundamental, razão pela qual o princípio da Legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei, de modo que para efeitos de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

constituição de crédito tributário, através do lançamento, se faz necessário o cumprimento das formalidades previstas em lei.

À Administração Tributária está reservado pela lei o direito de questionar a matéria, mediante processo regular, mas sem sobra de dúvida deve se atrelar a lei existente.

Com efeito, a convergência do fato imponível à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte de obrigações tributárias, somente se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

Como a obrigação tributária é uma obrigação ex lege, e como não há lugar para atividade discricionária ou arbitrária da administração que está vinculada à lei, deve-se sempre procurar a verdade real a cerca da imputação, desde que o fato gerador da obrigação tributária esteja prevista em lei. Não basta a probabilidade da existência de uma fato para dizer-se haver ou não haver obrigação tributária.

De acordo com a legislação retro transcrita, se faz necessário a autorização da autoridade competente para se proceder reexame de período já fiscalizado.

É indiscutível que a suplicante já sofrera, no ano de 1995, outra fiscalização em relação ao ano-calendário de 1993, conforme ampla documentação contida nos autos, aceita pela própria autoridade julgadora singular. Diante desse fato, entendo que um novo exame só seria possível mediante prévia ordem escrita do Superintendente ou do Delegado da Delegacia Especial das Instituições Financeiras – DEINF - 8ª RF. Não há como sustentar a argumentação da autoridade julgadora singular, utilizada para não acolher a preliminar de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

nulidade do lançamento, de que o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovada pela Portaria nº 227, de 03/09/98, confere a DIFIS a competência para, dentre outras atribuições, elaborar os programas de fiscalização.

Ora, esta forma de interpretação diferenciada inalada de uma Portaria, altera a sistemática geral instituída pela lei.

O conceito de reexame de período fiscalizado extraído e adotado por simples via de Portaria, não pode sobrepor-se ao conceito legal previsto em lei. Portanto, o conceito extraído de um diploma hierarquicamente inferior fere o disposto nas normas legais.

A falta de autorização para um novo exame, em relação ao mesmo exercício, caracteriza falta formal, que deve ser respeitada na feitura do lançamento, sendo essencial à legalidade do ato, qual seja, constituição do crédito tributário, através do lançamento de ofício.

A Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais já se pronunciou sobre a nulidade e anulabilidade de ações fiscais assim reabertas, sem autorização ou por ordem de autoridade outras que não as expressamente indicadas no dispositivo regulamentar, conforme se constata nas decisões abaixo transcritas:

"Acórdão nº CSRF/01-0.538, de 23 de maio de 1985:

IRPJ – LANÇAMENTO ANULADO POR VÍCIO FORMAL. INCIDÊNCIA DO INC. II DO ART. 173 DO CTN. A Autorização prevista no § 2º do art. 642 do RIR/80 constitui requisito indispensável à formação do lançamento tributário, nos casos que especifica. Sua falta vicia o lançamento, determinando-lhe a anulabilidade, e o recomeço do prazo decadencial, nos termos do inc. II do art. 173 do CTN.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000865/98-29
Acórdão nº. : 104-18.432

Afastada a decadência declarada pela Câmara "a quo", devem ser-lhe devolvidos os autos para julgamento da matéria de mérito.

Acórdão nº CSRF/01-01.477, de 20 de novembro de 1992:

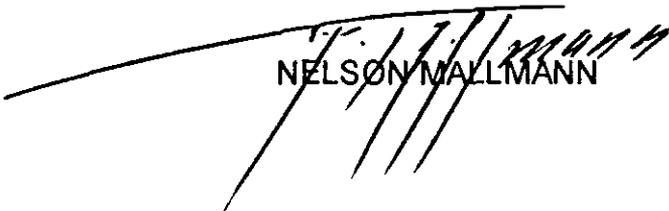
NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE DE LANÇAMENTO – AUTORIZAÇÃO DE NOVO EXAME – É nulo o lançamento decorrente de segundo exame em relação ao mesmo exercício, se inexistente a ordem escrita prevista no parágrafo 2º do art. 642 do RIR/80."

É de se concluir, que a autorização prevista em lei constitui requisito indispensável à formação do lançamento tributário. Sua falta vicia o lançamento, determinando-lhe a sua anulabilidade.

Em razão do decidido, deixa de ser analisada a preliminar de decadência.

Por estas razões e por tudo mais que dos autos consta, acolho a preliminar de nulidade do lançamento por falta de autorização legítima para o reexame de período já fiscalizado, suscitada pelo sujeito passivo, para declarar nulo o crédito tributário constituído.

Sala das Sessões - DF, em 07 de novembro de 2001


NELSON MALLMANN