



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

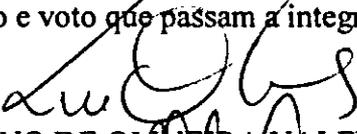
Processo n° 18471.001622/2005-97
Recurso n° 157.011 De Ofício
Matéria IRPJ E OUTROS
Acórdão n° 103-23.418
Sessão de 16 de abril de 2008
Recorrente 2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I
Interessado BEBIDAS PROGRESSO CAMPO GRANDE LTDA.

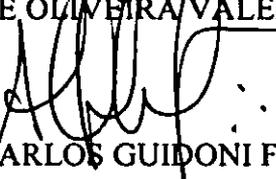
OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO. Salvo nas hipóteses de presunção legal de omissão de receitas, cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário. Ausente tal demonstração, afasta-se a procedência do lançamento.

Recurso de ofício a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por 2ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO-RJ I.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA 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.


LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente


ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 AGO 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Alexandre Barbosa Jaguaribe, Guilherme Adolfo Santos Mendes, Waldomiro Alves da Costa Júnior, Antônio Bezerra Neto e Paulo Jacinto do Nascimento.

10
A

10

Relatório

Trata-se de recurso de ofício interposto em face de acórdão proferido pela 2ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO DO RIO DE JANEIRO I, assim ementado:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: MPF. CONTROLE ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. O descumprimento de parte das disposições da Portaria que o instituiu, por si só, não dá margem para declaração de nulidade do lançamento do crédito tributário.

PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de obtenção de prova ilícita, visto que a autuação baseou-se na falta de atendimento de intimação para comprovação de saldos registrados na declaração de IRPJ, entregue espontaneamente. Prova ilícita é aquela vedada por lei ou obtida por meio indigno, imoral, ilícito ou ilegal.

OMISSÃO DE RECEITAS. SUPERVENIÊNCIA ATIVA. FATO ATÍPICO.

A falta de comprovação de saldos de contas ativas não possibilita a presunção de omissão de receitas, por ser um fato atípico.

PASSIVO FICTÍCIO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Consolida-se administrativamente o crédito tributário não expressamente impugnado.

JUROS DE MORA. SELIC.

A exigência dos juros de mora calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC está em consonância com o Código Tributário Nacional – CTN.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2002

Ementa: LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS, COFINS E CSLL.

Inexistindo fatos ou argumentos novos, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido em relação ao lançamento de IRPJ, como consequência da relação de causa e efeito que os une.

Lançamento procedente em parte."



Por sua completude, transcreve-se nesta oportunidade relatório apresentado pelo acórdão *a quo* sobre a natureza da autuação e as razões de impugnação do Interessado, *verbis*:

“Trata o presente processo do auto de infração lavrado pela Defic/RJ, referente ao ano-calendário de 2002, através do qual exige-se o imposto sobre a renda de pessoa jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 5.711.283,20 (fls. 160/164 e termo de constatação às fls. 156/157), a contribuição para o programa de integração social – Pis, no valor de R\$ 148.493,36 (fls. 165/168), a contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL, no valor de R\$ 2.056.061,94 (fls. 169/173), e a contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, no valor de R\$ 685.353,98 (fls. 174/177), acrescidos da multa de 75% e encargos moratórios.

2- *Fundamentaram, materialmente, a exação de IRPJ:*

2.1- *Omissão de receitas – passivo fictício: manutenção no passivo circulante de obrigação incomprovada, sob o título de “outras contas”, no valor de R\$ 10.072.166,40.*

2.1.1- *Enquadramento legal: art. 24 da Lei 9.249/1995. Art. 40 da Lei 9.430/1996. Arts. 249, II; 251 e parágrafo único; 279; 281, III; 288 do RIR/1999.*

2.2- *Omissão de receitas – caracterizada pela não comprovação do valor de R\$ 12.772.966,40, registrado sob o título de “outras contas do ativo realizável de longo prazo”, configurando a superveniência ativa.*

2.2.1- *Enquadramento legal: art. 24 da Lei 9.249/1995. Arts. 249, II; 251 e parágrafo único; 278; 279; 280; 288 do RIR/1999.*

3- *Lançamentos reflexos:*

3.1- *Em conseqüência das infrações de IRPJ foram lançadas as contribuições para o Pis, a CSLL e a Cofins. Os enquadramentos legais estão indicados às fls. 166, 170 e 175.*

4- *Ao impugnar as exigências, fl. 184/256 e documentos às fls. 260/692 e 697/698, o interessado alega, em síntese, que:*

- sem qualquer conhecimento do interessado, a fiscalização se estendeu até 2/3/2006 por interesses pessoais do auditor e de seu supervisor;

- não foram analisados todos os documentos exibidos pelo interessado, conforme previsão na Portaria MF 30/2005 e arts. 1º, 2º, 26, 27, 28 e 30 da Lei 9.784/1999, preferindo por autuá-lo por presunção;

- os auditores não atentaram para a obrigação funcional atribuída no Decreto 70.235/1972 e na Lei 9.784/1999, deixando de apreciar os documentos exibidos na repartição fiscal, com testemunha da entrega. Os envelopes e volumes (livros fiscais) sequer foram abertos. Os auditores declararam que os documentos apresentados não foram retidos (demonstrativo da conta créditos os títulos públicos, laudos



periciais e de avaliação, livros de registro de entradas de mercadorias para revenda, livro de registro de saídas de mercadorias e livro de registro de apuração do ICMS);

- em 18/7/2005, além de não receberem os documentos, os auditores apresentaram um novo requerimento, pós-datado de 19/7/2005. A partir daí, nenhum outro documento foi possível entregar e/ou argumento algum foi aceito, chegando a se dirigirem ao procurador do interessado em tom de chicana, deboche e ofensas, em desrespeito ao art. 3º da Lei 9.784/1999;

- o auto de infração foi lavrado no curso do período de prorrogação do prazo do MPF (até 2/3/2006);

- em 2002 já havia sido fiscalizado, sendo o supervisor da presente autuação o chefe da equipe, o qual sabia que o interessado possuía contabilidade;

- corroborando com a tese de que o interessado vem sendo perseguido, junta a notificação recebida em 2/2006, na qual é intimado a informar o nome, telefone e e-mail da pessoa responsável pelas informações da empresa;

- o lançamento deverá ser revisto de ofício, conforme dispõe o art. 149, IX, e parágrafo único, do CTN;

- o interessado compareceu à repartição em 23/5/2005, quando tomou conhecimento da fiscalização. O auditor, sem conhecimento do interessado, recepcionou a petição com data retroativa do dia 18/4/2005. Como se não bastasse, os auditores expediram termo de reintimação aos sócios do interessado a entregar os demais documentos. Esta intimação não possui data. O comparecimento à repartição foi em 18/7/2005, quando receberam nova intimação exigindo justificativas sobre lançamentos havidos na declaração de IRPJ/2002. Na intimação já constava a data de 19/7/2005, mas foi registrada a data de 18/7/2005 pelo procurador do interessado;

- no processo administrativo fiscal a verdade material pode e deve ser perquirida não apenas em fatos documentais, mas circunstâncias específicas de indícios são fonte objeto de investigação;

- o auto de infração foi lavrado no curso de intimação para apresentação de documentos e/ou prestar esclarecimentos, como se vê na prorrogação do MPF até 2/3/2006;

- o procedimento fiscal foi viciado, pois o interessado foi violado em sua privacidade fiscal, na medida em que exorbitou do MPF, prorrogando-o a sua revelia;

- as condutas demonstradas pelos auditores anula a fiscalização, na forma do art. 18 da Lei 9.784/1999, ou pelo menos a suspeição na forma do art. 20, implicando o mesmo efeito jurídico;

- o contraditório assegurado constitucionalmente e também no processo administrativo tributário, conforme art. 9º do



Decreto 70.235/1972, determina que os autos de infrações deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. O art. 844 do RIR dispõe que o lançamento de ofício será após o contribuinte prestar esclarecimentos;

- quanto aos esclarecimentos a serem prestados pelo contribuinte, o art. 71 da MP n° 2.158-34, deu nova redação ao art. 19 da Lei 3.470/1958 (base legal do art. 844 do RIR/1999), dispondo sobre o não cabimento de penalidade nos casos em que o sujeito passivo esteja impossibilitado materialmente de seu cumprimento;

- os esclarecimentos não poderiam ser prestados, pois como já denunciado, no dia 18/7/2005 o interessado recebeu uma intimação datada de 19/5/2005;

- o interessado requereu prazo suplementar para entrega dos documentos, que se encontravam em auditoria em S. Paulo – capital, por motivo da sua desativação;

- no auto de infração não se encontram as provas para sua lavratura, em desatenção ao cumprimento do art. 924 do RIR/1999;

- o auto de infração foi lavrado atropelando o direito do interessado de apresentar documentos fiscais e serem os mesmos recebidos. Houve nulidade do ato administrativo, pois a fiscalização ainda estava em curso, na forma do art. 2º da Lei 9.784/1999;

- a nulidade ocorreu também pela prática da tipificação disposta no art. 316, §1º, do Código Penal (concussão). Requer perícia no documento juntado;

- os documentos exibidos eram suficientes hábeis a promover o convencimento de que as práticas contábeis eram lícitas, nada corroborando para a lavratura do auto de infração;

- o auditor não se restringiu ao que foi indicado no MPF, ou seja a apuração do imposto de renda, exorbitando da fiscalização e apurando a Cofins, a CSLL e o Pis. Não se socorre o auditor da extensão da fiscalização que permite o art. 9º da Portaria SRF n° 3.007/2001, porquanto o comando estabelece como requisito que a apuração em relação a outros tributos seja com base nos mesmos elementos de prova. Se não houve prova, não houve lançamento;

- o art. 9º do Decreto 70.235/1972 determina que o auto de infração deve estar instruído com toda a documentação e elementos de prova indispensáveis a sua comprovação. Esta instrução ocorre por conta da execução do MPF e é evidente que toda a apuração para constituição do crédito de IRPJ corresponde a prova ilícita, inadmissível na forma do art. 30 da Lei 9.784/1999;

- requer diligência para que novo auditor seja designado para verificação e constatação de toda a escrita do interessado. Todos os livros, documentos e demais materiais esclarecedores estão de posse do interessado;



- o auditor não examinou os livros que lhe foram apresentados, tributando o patrimônio do interessado e não o seu faturamento. Patrimônio não deve e não pode ser tributado pelo imposto de renda, mas sim a renda oriunda do patrimônio;

- é imperativo e legal o enquadramento do interessado como agente de vendas, considerando-se como receita a respectiva margem de remuneração que é fixada pelo fabricante;

- não obsteu a fiscalização da glosa de R\$ 12.772.966,40 (superveniência ativa), tendo exibido a prova documental, a teor do art. 923 do RIR/1999. O auto de infração não deduziu articuladamente as provas em que se baseia, em descumprimento ao art. 924 do RIR/1999;

- no fato gerador do imposto de renda deve ser considerado como base elementar o princípio da capacidade contributiva, conforme disposto no §1º, do art. 145, da Constituição. No fato tributável deve haver potencialidade de riqueza de forma que, mesmo sendo transferida parcialmente ao Estado, estará afastando o confisco (art. 150, IV, da Constituição) e a tributação sobre o patrimônio;

- procedeu além da documentação requerida pelos auditores a demonstração de toda a escrituração fiscal;

- foram exibidas a declaração do período e as DCTF dos trimestres correspondentes;

- conforme se vê no razão auxiliar, o interessado escriturou, como determina a legislação regulamentar e art. 113, §2º (obrigação acessória), os demonstrativos de débitos e créditos federais;

- através da demonstração das origens e aplicações de recursos poderia ser verificada a devida destinação dos recursos;

- verificou ter preenchido equivocadamente a DCTF, deixando de indicar a sua compensação, motivando a diferença entre o escriturado e o efetivo recolhimento;

- sustenta que procedeu à compensação de créditos próprios com débitos próprios, sendo credora da União, cujo valor encontra-se apurado pericialmente. É contribuinte do IPI, por sua atividade de aquisição estar sujeito ao regime da substituição tributária e está equiparado à industrial;

- questiona a impossibilidade do lançamento, porquanto suspensa a exigibilidade a que alude a IN SRF nº 210 e seguintes, ao tratar de compensação. Estas IN estão consoantes com o art. 170 do CTN e Lei 9.433;

- ao declarar a compensação no processo 13702.000827/2005-71, obteve a suspensão de toda a exigibilidade dos tributos declarados compensados;



- a taxa Selic não se presta como juros moratórios. Ela foi criada por circular do Banco Central e não por lei, podendo ser modificada a qualquer tempo por ele e tem por finalidade remunerar o capital investido na compra e venda de títulos públicos;

- sendo a Selic juros remuneratórios e não moratórios, ela não pode ser aplicada na composição do débito, devendo ser excluída imediatamente, aplicando-se os juros estabelecidos no art. 161, §1º, do CTN;

- no tocante à capitalização, é inegável que o somatório dos juros mês a mês configura enriquecimento indevido, conforme art. 4º do Decreto 22.626/1933. Cumpre ressaltar que a Súmula 121 do STF afasta a capitalização dos juros;

- os juros de mora não devem exceder ao percentual de 1% ao mês, ou seja, 12% ao ano;

- seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, II, do CTN;

- seja outorgado ao interessado o direito de sustentação oral desde a instância de 1º grau, bem como a oitiva dos auditores e testemunhas do interessado."

Diante das alegações apresentadas pelo Interessado, o acórdão recorrido reconheceu a parcial procedência dos lançamentos acima referidos, pelas razões sintetizadas na ementa do julgamento acima transcrita.

No que interessa a essa instância processual, entendeu o acórdão *a quo* que não poderia ser mantida a tributação relativa à "superveniência ativa", pois a indicação de valores não comprovados no "ativo realizável a longo prazo" não constitui, por si só, hipótese legal para a presunção de omissão de receitas. Segundo o acórdão, "o valor de R\$ 12.772.966,40, registrado em outras contas do ativo realizável de longo prazo, foi autuado como omissão de receitas por não ter sido comprovado. O enquadramento legal se deu no art. 24 da Lei 9.249/1995, que determina ser a omissão de receita tributada pelo regime a que estiver submetida a pessoa jurídica. Também foram indicados os arts. 249, II (ajustes do lucro líquido); 251 e parágrafo único (dever de escriturar); 278 (lucro bruto); 279 (receita bruta); 280 (receita líquida) e 288 (vem a ser o disposto no art. 24 da Lei 9.249/1995) do RIR/1999. Nenhum dos dispositivos legais dispõem da presunção de receita em casos de não comprovação de saldos de contas ativas. Na legislação tributária em vigor não se encontra a presunção da autuação." (fls. 714). E conclui: "portanto, diante da falta de tipicidade do alegado pelo autuante, o interessado deve ser exonerado da infração".

Intimado por via postal (fls. 722), o Interessado deixou de interpor recurso voluntário (fls. 726).

É o relatório



Voto

Conselheiro ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, Relator

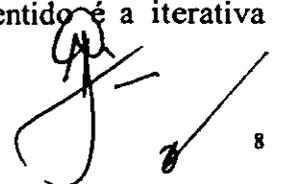
O acórdão recorrido não merece reparos.

O Regulamento de Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99 (“RIR/99”), arrola expressamente as hipóteses de presunção legal de omissão de receitas previstas na legislação vigente (em especial nos Decretos-lei n. 1598/77 e n. 1648/78 e na Lei n. 9.430/96), quais sejam: (i) a indicação na escrituração de saldo credor de caixa (art. 281, I); (ii) a falta de escrituração de pagamentos efetuados (art. 281, II); (iii) a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não esteja suspensa (art. 281, III); (iv) o suprimento de caixa por administradores (art. 282); (v) a falta de emissão (ou a emissão com valores reduzidos) de nota fiscal, recibo ou fatura no momento da efetivação das operações de venda de mercadorias, prestação de serviços, operações de alienação de bens móveis e imóveis ou quaisquer outras transações realizadas com bens e serviços (art. 283); (vi) a existência de diferenças de valores indicadas por levantamento por espécie de quantidade de matérias-primas e produtos intermediários utilizados no processo produtivo (auditoria de produção e diferença de estoques - art. 286); (vii) a existência de depósitos bancários em conta corrente ou em conta investimento de origem cuja origem não for comprovada pelo contribuinte (art. 287).

Como se constata, dentre as referidas hipóteses de presunção de omissão de receitas não está arrolada a “*não comprovação de valores pela pessoa jurídica registrados no ativo realizável a longo prazo*”, objeto deste recurso. Não há tal presunção na legislação vigente. Como bem ressaltado pelo acórdão recorrido, nenhum dos dispositivos legais citados pela Fiscalização nos lançamentos (Lei n. 9.249/95, art. 24 e RIR/99, arts. 249, II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280 e 288) dispõe sobre eventual presunção de omissão de receitas em casos de não comprovação de saldos de contas ativas.

Se é legítimo sustentar que nas presunções legais o Fisco não precisa provar a efetiva omissão de receitas pelo contribuinte (mas apenas a ocorrência do fato indiciário previsto na legislação), não é menos correto afirmar que nas hipóteses de presunção simples, tal como o presente caso, é necessário que o Fisco esgote o campo probatório.

Nessas hipóteses (de presunção simples), a Fiscalização não pode se contentar com o insucesso de uma única intimação para comprovação de valores registrados em contas ativas da pessoa jurídica, tal como ocorreu *in casu*. Não é legítimo afirmar que os valores registrados em contas de ativo correspondem, por si, omissão de rendimentos tributáveis sem qualquer investigação ou apresentação de outros indícios nesse sentido. Para tributação dessa matéria em particular, “*cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário ou o procedimento do sujeito passivo que se configure como infração à legislação tributária, no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa*”. Nesse sentido é a iterativa jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, *verbis*:



8

Número do Recurso: 122224
Câmara: TERCEIRA CÂMARA
Número do Processo: 10830.005066/95-66
Tipo do Recurso: DE OFÍCIO
Matéria: IRPJ E OUTROS
Recorrente: DRJ-CAMPINAS/SP
Recorrida/Interessado: EDISA HEWLETT PACKARD S/A
Data da Sessão: 19/10/2000 01:00:00
Relator: Lúcia Rosa Silva Santos
Decisão: Acórdão 103-20419

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE
Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso ex officio. A contribuinte foi defendida pelo Dr. Gustavo Martini de Matos, inscrição OAB/SP nº 154.355.

Ementa: (...)EXIGÊNCIA DE TRIBUTO OU APLICAÇÃO DE PENALIDADE - PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE - Em prestígio a legalidade ou tipicidade cerrada somente poderá ser exigido tributo ou aplicada penalidade quando efetivamente esteja demonstrada e comprovada a ocorrência da situação factual que se enquadre na hipótese abstrata da lei, suficiente a transmutar o fato real em fato jurídico-tributário. ONUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o onus probandi incumbit ei qui dicit. Salvo no caso das presunções legais, cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário ou o procedimento do sujeito passivo que se configure como infração à legislação tributária, no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. NORMAS PROCESSUAIS - RECURSO EX OFFICIO - Será negado provimento ao recurso ex officio interposto pela autoridade administrativo-julgadora singular, de decisão que exonerar crédito tributário acima do limite legal de alçada, quando o julgamento revestir-se da forma e do conteúdo exigidos pelas normas materiais e formais, bem como tenham sido atendido, plenamente, o devido processo legal e prestigiados o contraditório e a ampla defesa. (..) Recurso ex officio improvido. (DOU 03/07/01)

No mesmo sentido:

Número do Recurso: 128085
Câmara: SÉTIMA CÂMARA
Número do Processo: 10680.010172/94-97
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ E OUTROS
Recorrente: RUTA FLEX LTDA.
Recorrida/Interessado: DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Data da Sessão: 19/03/2002 00:00:00
Relator: Luiz Martins Valero
Decisão: Acórdão 107-06560
Resultado: DPPQ - DERAM PROVIMENTO PARCIAL PELO VOTO DE QUALIDADE

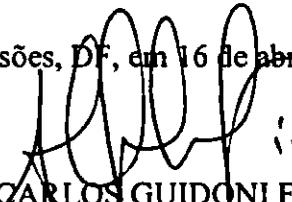


Texto da Decisão: Pelo voto de qualidade, DAR provimento PARCIAL ao recurso, vencidos os Conselheiros Natanael Martins, Edwal Gonçalves dos Santos, Francisco de Assis Vaz Guimarães e Carlos Alberto Gonçalves Nunes que o proviam totalmente.

Ementa: IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÕES SIMPLES - Nas presunções simples é necessário que o fisco esgote o campo probatório. A atividade do lançamento tributário é plenamente vinculada e não comporta incertezas. Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar, por força do disposto no art. 112 do CTN.(...)

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso de ofício para, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, DF, em 16 de abril de 2008


ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO