

Sessão de 13 de setembro de 1994

RECURSO NR.: 105.181 - IRPJ - EX: 1988

RECORRENTE : CAPEL - CACHOEIRO PEÇAS LTDA.

RECORRIDA : DRF EM VITORIA - ES

CMEL/

IRPJ - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - A hora e data da lavratura de auto de infração têm por finalidade primordial tornar indubitosa a contagem do prazo prescricional e/ou decadencial do ato administrativo. Em não estando presentes estes pressupostos no litígio, não há porque se inquirir de nulidade o auto de infração, pela simples ausência destes elementos, por obviamente não caracterizarem hipótese de cerceamento do direito de defesa.

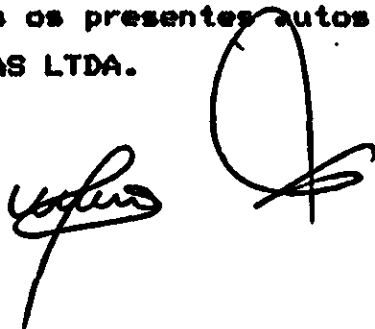
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Não configura motivo de nulidade de auto de infração o fato de constar, como base legal dos acréscimos legais, hipótese além daquele que efetivamente foi aplicado, especialmente se a multa - obrigatoriamente exigível - foi a mais branda entre as invocadas para dar suporte ao lançamento de ofício.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Não se justifica declarar a nulidade de auto de infração que teve, como fulcro para a exigência de acréscimo legal, Medida Provisória não convertida em Lei, se este equívoco foi formalmente alterado mediante termo aditivo ao auto de infração, lavrado pela mesma autoridade lançadora, e dele foi dada ciência ao sujeito passivo, com reabertura de prazo legal para apresentar nova impugnação ou complementar aquela originalmente apresentada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Foge à competência deste Conselho examinar matéria não pré-questionada na instância administrativa anterior, que só pode se pronunciar sobre litígio instaurado formalmente na fase impugnatória.

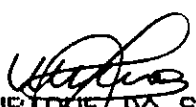
RECURSO NAO CONHECIDO.

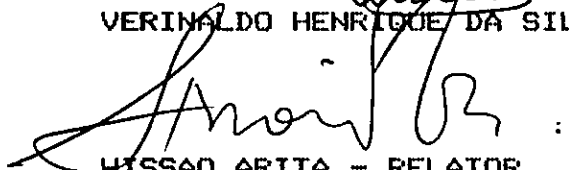
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CAPEL - CACHOEIRO PEÇAS LTDA.

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguidas, e, no mérito não tomar conhecimento do recurso por se tratar de matéria não impugnada em primeira instância, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões em 13 de setembro de 1994


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - PRESIDENTE


HISSAO ARITA - RELATOR

VISTO EM  AFONSO AUGUSTO RIBEIRO COSTA - PROCURADOR DA FAZENDA
SESSAO DE: 24 FEV 1995 NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JOSE DO NASCIMENTO DIAS, RUBENS MACHADO DA SILVA (suplente convocado) e GILBERTO CONGRO BASTOS. Ausentes os Conselheiros LUIZ EDMUNDO CARDOSO BARBOSA, JACKSON MEDEIROS DE FARIAS SCHNEIDER e AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO.

RECURSO Nº 105.181

ACÓRDÃO Nº 105-8.676

RECORRENTE: CAPEL - CACHOEIRO PEÇAS LTDA.

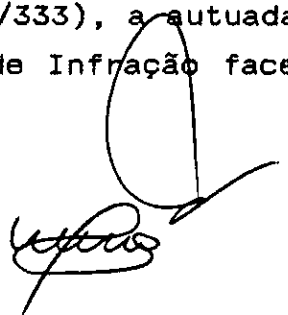
R E L A T Ó R I O

A empresa acima identificada, já qualificada no presente feito, interpôs recurso contra a decisão de primeira instância (fls. 345/348), que manteve, parcialmente, a exigência tributária de que trata o auto de infração de fls. 02/07, relativamente ao imposto de renda da pessoa jurídica, no exercício de 1988, período-base de 1987.

O fato tributário apurado refere-se à omissão de receita caracterizada por ativo oculto, tendo em vista a diferença, a maior, constatada no confronto entre os documentos componentes da conta fornecedores e o valor da referida conta constante no balanço encerrado em 31.12.87.

A ação fiscal está instruída com os documentos de fls. 09/324, dos quais 238 documentos foram retidos pelo termo de fls. 08.

Na impugnação tempestiva (fls. 327/333), a autuada argüi, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração face aos seguintes fatos:

A handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page. The signature is stylized and appears to be a cursive representation of a name, possibly 'L. P. S.' or similar, with a large loop at the end.

- ausência, no ato praticado, de requisitos de validade impostos pelo art. 10, II, do Decreto nº 70235/72, quais sejam, a data e a hora da lavratura;

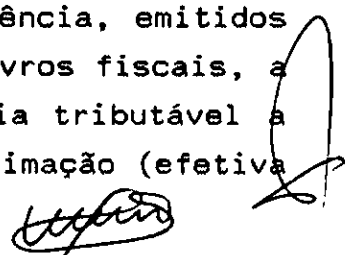
- erro de enquadramento legal da infração, porque são incisos antagônicos entre si;

Alega, que se um é aplicado o outro não é, e o fisco sem saber exatamente qual teria aplicação ao caso, colocar os três com o evidente intuito de agravar a exigência, o que não é permitido pela lei, e, em especial, em desobediência ao comando inserto no artigo 142 do CTN, o qual exige ao sujeito ativo a determinação da base de cálculo.

Fundamenta estas preliminares na doutrina que trata da nulidade dos atos administrativos, citando Miguel Reale, Hely Lopes Mereilles e Ives Gandra.

- invoca ainda uma outra preliminar, sob o argumento de que a base legal dos acréscimos legais é inexistente, pois trata-se de legislação que não vigia, ou seja, a Medida Provisória nº 297/91, editada em 29.06.91, que por força do disposto no artigo 62 da Constituição Federal, parágrafo único, perdeu validade 30 dias após sua edição porque não convertida em lei nesse prazo, sendo que, na data da lavratura do presente auto de infração, ela já havia perdido sua eficácia.

No mérito, alega que a intimação de fls. 11, para apresentar documentos idôneos, faz crer que a autoridade não entendeu, como válidos e capazes, os documentos fiscais mandados imprimir de acordo com a lei de regência, emitidos segundo esta mesma lei e escriturados nos livros fiscais, a despeito de não ter sido lançada como matéria tributável a comprovação exigida no item 2 da referida intimação (efetiva



saída de mercadorias constantes nas NF.... emitidas para a empresa Transalves Comércio de Derivados de Petróleo...).

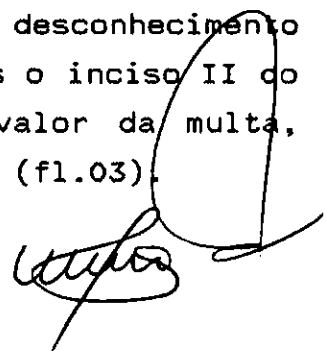
Dia ainda que não cabe ao fisco federal ou estadual determinar qual documento é ou não idôneo para efeitos fiscais e sim ao poder legislativo, através da lei, como prevê o art. 97 do CTN.

O contribuinte foi novamente intimado para que se pronunciasse sobre o Termo Aditivo do Auto de Infração (fls. 338) que alterou a base legal dos acréscimos legais, substituindo a referência à Medida Provisória nº 297/91 pela Lei nº 8.218/91, art. 30, com expressa reabertura de prazo para nova defesa, tendo a autuada preferido não apresentar alegações adicionais à peça impugnatória.

A informação fiscal de fls. 343 opina pela manutenção integral da exigência.

A decisão monocrática (fls. 345/348) julgou parcialmente procedente o lançamento, excluindo do crédito tributário o valor referente à TRD acumulada, por considerar, que devido as suas características, ela não é fator de atualização. Rejeita as preliminares arguidas quanto à nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de inexistir quaisquer das situações elencadas no artigo 59, itens I e II, do Decreto nº 70.235/72, não tendo havido, também, cerceamento do direito de defesa, capazes de invalidar o lançamento.

Diz que não procede a alegação de desconhecimento da capitulação legal da multa aplicada, pois o inciso II do artigo 728 do RIR/80, que fixa em 50% o valor da multa, consta do Demonstrativo de acréscimos legais (fl.03).



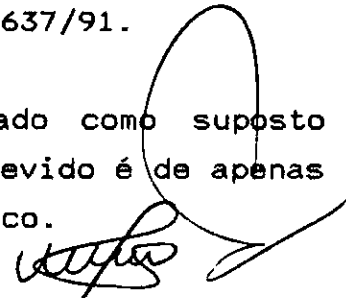
A despeito de não ter o autuado contestado o mérito da exigência, ela é procedente visto que a existência de ativo oculto caracteriza omissão de receitas por se tratar de compras não escrituradas.

Inconformada com a decisão exarada pela autoridade singular, a empresa interpôs o recurso voluntário (fls. 351/361), onde reedita as mesmas razões apresentadas a título de preliminares arguidas na impugnação (fls. 329/333), sob a alegação de não terem sido levadas em consideração pela decisão "o quo".

No mérito, aponta as seguintes falhas do fisco: à fls. 07 dos autos, ele alega existir uma diferença a tributar de CZ\$ 401.521,54 - que convertida para cruzeiros daria o valor de Cr\$ 401,52; à fls. 11 refere-se a recorrente à importância de Cr\$ 454.032,22 verificada entre o confronto do saldo da conta fornecedores, CZ\$ 7.555.460,42 e os documentos apresentados no montante de CZ\$ 8.009.492,64; respondendo à intimação, demonstrou que os dados fiscais estavam errados, pois os documentos pagos em 1988 montavam, na realidade, a CZ\$ 7.866.518,83 e não o valor encontrado pelo fisco.

Como se pode observar, mesmo que correto estivesse o trabalho fiscal, a diferença investigada soma CZ\$ 311.058,41; adita que, entretanto, o fisco não considerou suas alegações e como quem quer matar a "galinha dos ovos de ouro" lavrou o Auto em valor superior em CZ\$ 142.972,81 ao real; diz ainda que a autuação não decorre da vontade do fiscal, pois há que ser provada para ter validade, citando em seu prol o Acórdão do 1º CC de nº 101-81637/91.

Afirma que se o valor encontrado como suposto lucro é da ordem de CZ\$ 311,05, o imposto devido é de apenas CZ\$ 93,31 e não o valor pretendido pelo fisco.

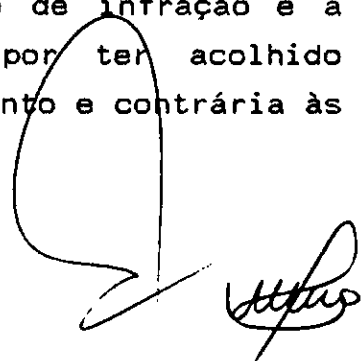


Diz que não podem prevalecer as informações fiscais usadas como razão de decidir, porque demonstrou claramente que adentrou e muito fundo no mérito da causa, tendo demonstrado o erro do fiscal quanto aos valores e demonstrado o evidente e insofismável cerceamento de defesa, o que inquina de nulidade a decisão recorrida, citando A. A. Contreiras de Carvalho em sua defesa.

A correção da capitulação legal, ocorrida na autuação, através de auto complementar é impossível, conforme levantado na impugnação, dado que ninguém pode alegar que errou em alguma coisa por desconhecer a lei, uma vez que vedado pelo artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois equivocou-se em matéria de direito e isto é defeso ao fisco, conforme se apreende da lição do saudoso Rubens Gomes de Souza, "in" Compêndio de Legislação Tributária, pags. 86 a 87.

Requer, ao final, sejam o auto de infração e a decisão "a quo" julgados nulos, esta por ter acolhido procedimentos ilegais sem qualquer fundamento e contrária às provas dos autos.

É o relatório.



V O T O

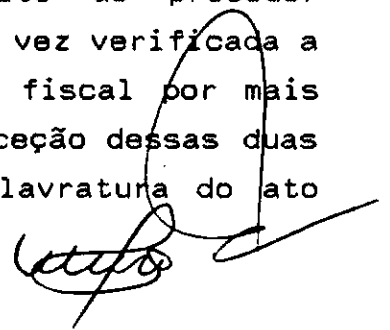
Conselheiro HISSAO ARITA, Relator

O recurso é tempestivo, interposto por parte legítima, dele conhecido.

A recorrente levanta questões a título de preliminar, que entende são suficientes para inquinar de nulidade o auto de infração e/ou a decisão recorrida. Embora esta categoria de questão constitua, como o próprio nome sugere, matérias vestibulares, até porque prejudiciais ao exame da matéria de mérito, nesta peça recursal a objeção adjetiva é elencada antes e depois da defesa da questão de mérito. Ordenaremos o exame abaixo esgotando, primeiro, as chamadas questões preliminares.

A primeira preliminar diz respeito à nulidade do auto de infração, por inobservância ao contido no art. 10, II, do Decreto nº 70.235/72, ou seja, ausência da data e hora da lavratura do auto em referência.

Esta formalidade legal tem por finalidade lógica e exclusiva dirimir dúvidas porventura existentes no que concerne à prescrição ou decadência, sendo que a data, quando contida no termo de início da ação fiscal, se presta a restituir ao sujeito passivo o direito de proceder espontaneamente ao pagamento do débito, uma vez verificada a descontinuidade ou interrupção do trabalho fiscal por mais de sessenta dias. Em outras palavras, à exceção dessas duas hipóteses, a ausência da data e hora da lavratura do ato



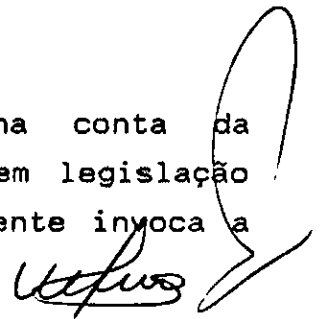
administrativo não tem o condão de anulá-lo, eis que se insere entre aquelas irregularidades consideradas sanáveis.

Como a falta da data em questão não ensejou consequências para a autuada, que só se apegou ao formalismo, sem sequer mencionar as eventuais seqüelas danosas, tenho que não deve prosperar esta preliminar, que definitivamente não prejudicou o direito de defesa da empresa, amplamente exercitado, como se pode inferir do relatado acima.

A segunda preliminar que examinaremos diz respeito ao enquadramento legal do dispositivo legal que embasou a aplicação da multa de ofício. Reclama a recorrente que o auto se refere aos itens II e III do art. 728 do RIR/80, vale dizer, hipóteses excludentes para fins de aplicação da multa. Vejamos em que este fato pode ensejar a nulidade do ato administrativo. A multa aplicada foi de 50%, conforme claramente se pode verificar no demonstrativo de acréscimos legais (fls. 03). Assim, a base legal foi, inquestionavelmente, o art. 728, II, do RIR/80, mais favorável ao sujeito passivo, razão pela qual não consigo entender a inoportuna e deselegante observação de que, "sem saber exatamente qual teria que aplicar, o Culto Auditor Fiscal colocou as três, com o evidente intuito de agravar a exigência o que a lei não admite."

Não há como deixar de espancar também esta preliminar, um verdadeiro atentado à lógica e aos próprios interesses da recorrente, eis que a penalidade aplicada foi, dentre aquelas de aplicação compulsória à espécie, a menos onerosa ao sujeito passivo.

A terceira preliminar (segunda na conta da recorrente) diz respeito à autuação calcada em legislação que não entrou em vigor. Em resumo, a recorrente invoca a

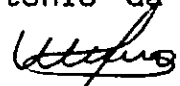


nulidade do auto em virtude de constar, a fls. 03, no quadro demonstrativo de acréscimos legais, remissão à Medida Provisória nº 297/91.

Esta preliminar deve ser apreciada juntamente com uma última levantada, referente a erro de direito corrigido por auto complementar. Como relatado, após a peça impugnatória, a autoridade autuante emitiu um auto complementar, alterando a base legal acima, que entendeu incorreta aos argumentos da ora recorrente, pela Lei nº 8.218/91. Este fato foi devidamente comunicado à então impugnante, que preferiu não se manifestar naquela oportunidade, para retornar nesta esfera com a preliminar em exame.

Enquanto o argumento utilizado na primeira preliminar esteja sendo explorado pelo ângulo do equívoco cometido pelo autuante, ao buscar base legal em Medida Provisória não convertida em Lei, a última preliminar clama pela nulidade sob o singular e estranho argumento de que "O Fisco não tem o direito de errar em matéria de direito."

Ora, conforme já vimos, a equivocada remissão legal foi retificada, mediante documento próprio, (Termo aditivo ao auto de infração - fls. 338), lavrado pela mesma e competente autoridade autuante. Não tendo a recorrente se pronunciado sobre este aperfeiçoamento ao auto de infração, apesar de formalmente cientificada, com reabertura do prazo legal, inclusive, não pode, agora, nesta instância, querer propugnar nulidade sob a mesma alegação, até porque já sanada, mediante a mencionada correção. Quanto à vedação de erro ao Fisco, em matéria de direito, posso contrapor palavras do mesmo insigne Professor Rubens Gomes de Souza, invocado pela recorrente, que assim se expressou em Trabalhos da Comissão Especial do CTN, lembrado pelo eminente ex-conselheiro deste Colegiado, Antonio da Silva



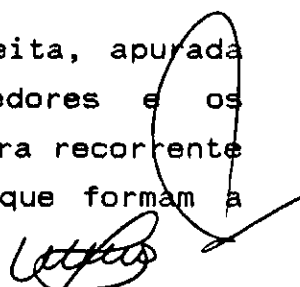
Cabral, em sua obra Processo Administrativo Fiscal, Ed. Saraiva, 1993, páginas 235/236:

"Finalmente, a alínea IX, combinada com o art. 109, soluciona a questão do erro de direito na feitura do lançamento revisto. A expressão 'erro de direito', aliás, não é tecnicamente rigorosa: uma distinção conceitual entre 'erro de direito' e 'erro de fato' é importante no plano da fundamentação teórica do sistema, porém no campo da sua atuação prática a diferenciação pode perder algo do seu rigor, sem que por isso fique reduzida a sua nitidez. Assim, o erro na aplicação da lei (por exemplo, recurso a lei revogada ou inaplicável ao caso) não será erro de direito, mas de fato; ...". (grifamos).

Por todo o exposto, e em que pese a recorrente haver buscado a correta fonte para sua defesa, escolheu a lição equivocada. Não merece prosperar também esta preliminar, que rejeito, aditando ainda que os fatos acima em nada prejudicaram o sagrado direito de defesa do sujeito passivo, aliás bastamente exercitado.

Finalmente, na matéria de mérito, a recorrente traz, novamente, o fato da emissão graciosa de notas fiscais para a empresa Transalves Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., sobre a qual nem se pronunciou a decisão recorrida, corretamente, aliás, eis que a matéria não faz parte da exigência fiscal e, por consequência, não integra a lide. Alegação totalmente infundada, portanto.

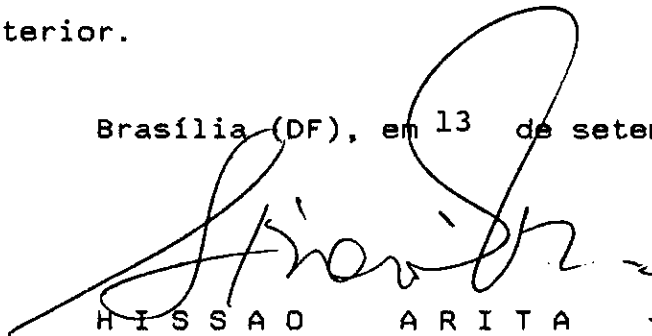
A matéria relativa à omissão de receita, apurada pelo confronto do saldo da conta fornecedores e os documentos apresentados à fiscalização, que a ora recorrente questiona a respeito de diferenças numéricas que formam a

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

base de cálculo da exigência fiscal, não foi objeto de impugnação, como bem observou o autuante, na sua informação (fls. 343). Assim, trata-se de matéria não pré-questionada, fora da alçada de competência deste Colegiado, que somente se pronuncia sobre tópicos integrantes de litígio administrativo, desde que formalmente instaurados. Não é o caso presente.

Face ao todo exposto, voto no sentido de rejeitar todas as preliminares de nulidade arguidas contra os atos administrativos deste feito, e, no mérito, deixo de conhecer o recurso, por tratar-se de matéria não pré-questionada na instância anterior.

Brasília (DF), em 13 de setembro de 1994



HISSAO ARITA - RELATOR

