

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº. : 10805/000.107/93-46
RECURSO Nº. : 107.424
MATÉRIA : IRPJ - EX: DE 1988 a 1991
RECORRENTE : TUTO MAGLIA CONFECÇÕES LTDA. (SUCESSORA DE
MARGHERITA MALHAS LTDA)
RECORRIDA : DRF EM SANTO ANDRÉ-SP
SESSÃO DE: : 15 de Outubro de 1996
ACÓRDÃO Nº. : 101-90.236

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA - SUCESSÃO - Tendo restado cabalmente comprovada nos autos a sucessão de fato, mediante a aquisição de todo maquinário e estoque de produtos, continuidade da exploração do mesmo ramo de atividade, operando, inclusive, no mesmo local, com a contratação dos mesmos empregados e mesma clientela, responde a sucessora pelos tributos devidos pela sucedida.

PRELIMINAR DE NULIDADE - GLOSA DE COMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO - A competência do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional não se restringe à jurisdição em que está lotado, estendendo-se por todo território Nacional, em face do estabelecido nos artigos 3º, 6º e 9º, respectivamente, dos Decretos-leis nºs. 427, 788 e 1.024, de 1989. Assim, não pode ser inquinada do vício de nulidade o auto de infração lavrado contra contribuinte domiciliado fora da jurisdição em que está lotado o autuante.

PRELIMINAR - Nulidade do Procedimento Fiscal e/ou da Decisão de Primeira Instância - Só se pode cogitar da declaração de nulidade do procedimento fiscal ou da decisão "a quo", quando o auto de infração for lavrado por pessoa incompetente, ou a decisão for proferida por autoridade incompetente com cerceamento do direito de defesa.

ARBITRAMENTO DE LUCROS - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS CONTÁBEIS/FISCAIS - Cabível o arbitramento do lucro quando o contribuinte não dispõe de escrituração regular, de acordo com as leis comerciais e fiscais, ou recusa-se a apresentar à autoridade tributária os elementos solicitados, apesar de regularmente intimado para tal.

LUCRO PRESUMIDO - DECLARAÇÃO INEXATA - DIFERENÇA ENTRE A RECEITA DECLARADA E A REGISTRADA EM LIVROS FISCAIS - É passível de tributação pelo Imposto de Renda, diferença a menor apurada entre receita declarada e a lançada no Livro de Registro de Saída de Mercadorias.

LUCRO PRESUMIDO - OMISSÃO DE RECEITAS - CONFRONTO ENTRE OS RECEBIMENTOS E OS DESEMBOLSOS - A diferença a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10805/000.107/93-46
ACÓRDÃO Nº. : 101-90.236

menor, apurada através do confronto dos efetivos desembolsos e recebimentos realizados no período, caracteriza omissão de receita passível de tributação.

EXIGÊNCIAS REFLEXAS OU DECORRENTES (PIS/FATURAMENTO, PIS/DEDUÇÃO, FINSOCIAL/FATURAMENTO, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL) - Salvo o decidido especificamente, quando da apreciação de cada uma delas, aplica-se às exigências decorrentes a solução adotada na apreciação da incidência do IRPJ, desde que repousem sobre o mesmo suporte fático.

PIS/FATURAMENTO (D.L.'s 2.445/88 e 2.449/88) - Tendo o Pleno do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e também cada uma de suas Turmas desse Colendo Tribunal declarado a inconstitucionalidade desses diplomas (RE 148.754-2-RJ; RE 161.474-9-BA; RE 161.300-9-RJ), improcede a exigência formalizada com fundamento nas alterações prescritas naqueles diplomas.

FINSOCIAL/FATURAMENTO - Tendo o Pleno do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarado a inconstitucionalidade dos diplomas legais que aumentaram as alíquotas dessa contribuição, após a vigência da Constituição de 1988 (RE 150.764-1-PE), a alíquota a ser aplicada para o cálculo da exigência é a de 0,5% (meio por cento), conforme decidido por aquele tribunal constitucional.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - EXERCÍCIO DE 1989 - Tendo em vista o disposto no artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, a Contribuição Social instituída pela Lei nº 7.689, de 15/12/88, não incide sobre os resultados apurados em 31 de dezembro de 1988, uma vez que mencionada Lei só entrou em vigor após ocorrido o fato gerador da obrigação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TUTO MAGLIA CONFECÇÕES LTDA. (SUCESSORA DE MARGHERITA MALHAS LTDA).

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade arguídas e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso para: a) excluir totalmente a

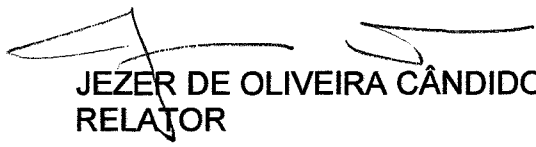
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10805/000.107/93-46
ACÓRDÃO Nº. : 101-90.236

exigência do PIS/Faturamento fundada nos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88; b) determinar que o Finsocial/Faturamento, nos períodos-base de 1989 e 1991, seja calculado com base na alíquota de 0,5% (meio por cento); c) excluir a exigência da Contribuição Social relativa ao exerc. de 1989 período-base de 1988, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE



JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 NOV 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, CELSO ALVES FEITOSA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, SANDRA MARIA FARONI e RAUL PIMENTEL.

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

RECURSO Nº: 107.424 - I.R.P.J. E OUTROS - EXS. DE 1988 A 1991

ACORDÃO Nº: 101-90.236

RECORRENTE: TUTO MAGLIA CONFECÇÕES LTDA. (SUCESSORA DE MARGHERITA MALHAS LTDA.)

RECORRIDA: DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SANTO ANDRÉ (SP)

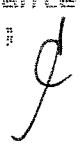
R E L A T Ó R I O

TUTO MAGLIA CONFECÇÕES LTDA., SUCESSORA DE MARGHERITA MALHAS LTDA., empresa qualificada nos autos, recorre a este Conselho da decisão da Sra. Delegada da Receita Federal em Santo André, SP, que julgou procedente, em parte, os lançamentos fiscais formalizados nos Autos de Infração de fls. 46 (IRPJ), 101 (PIS/FATURAMENTO), 157 (PIS/DEDUÇÃO), 205 (FINSOCIAL/FATURAMENTO) e 262 (CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO).

Os créditos tributários referem-se aos exercícios de 1988 a 1991, períodos-base de 1987 a 1990, respectivamente, e resultaram das apuração das irregularidades consignadas no Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 37), a seguir resumidas:

a) em 12/02/92 foi dado início à ação fiscal, quando foram apreendidos documentos e livros das empresas Margherita Malhas Ltda. e Tuto Maglia Confecções Ltda., os quais foram submetidos à análise dos autuantes, que procederam, inclusive, à diversas diligências, no intuito de verificar a vinculação entre as duas empresas, após as quais concluíram, de maneira inequívoca, a sucessão da empresa Margherita Malhas Ltda. pela Tuto Maglia Confecções Ltda., conforme Termo de Verificação e Prova de Sucessão à fls. 22;

b) a autuada apresentou a Declaração de IRPJ do exercício de 1991 pelo Lucro Presumido, tendo sido omissa nos exercícios de 1988, 1989 e 1990, e tendo em vista a inexistência de escrituração regular, o Fisco apurou o valor das vendas nos citados períodos mediante levantamento nos Livros de Registro de Saídas de Mercadorias;



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

c) no endereço da fiscalizada (Tuto Maglia), foi apreendido Livro Diário, escriturado até julho de 1986, e Livros de Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias pertencentes à empresa Margherita Malhas Ltda.;

d) intimada, reiteradamente, a apresentar o Livro Diário atualizado, Declarações do IRPJ, Demonstrações Financeiras e Talonários de Notas Fiscais de 01/01/87 a 31/12/89 da sucedida, bem como da sucessora, desta última em relação aos anos-base de 1989 e 1990, excetuados os Talonários de Notas Fiscais, a empresa não atendeu, o que impossibilitou a apuração do Lucro Real e ensejou o arbitramento com base na Receita Bruta conhecida, consoante os artigos 399 e 400 do RIR/80;

e) em virtude de a empresa sucedida já ter sido autuada anteriormente, também mediante arbitramento dos lucros com coeficientes de até 21% da Receita Bruta, foram aplicados os percentuais de 25% (ex. 1988), 30% (ex. 1989) e 30% (ex. 1990), de conformidade com as Portarias MF 22/79, 76/79, 264/81 e 217/83;

f) relativamente ao exercício de 1991, apresentada Declaração do IRPJ pelo Lucro Presumido, procedeu-se à correção de valores, apurando-se, ainda, receita omitida, tributada nos moldes dos arts. 389 a 396 do RIR/80.

Contestando a exigência, a autuada ingressou, tempestivamente, com a impugnação de fls. 49/52, alegando, em síntese, que:

- os documentos da empresa Margherita Malhas Ltda., apreendidos, estavam em poder do contador da defendente, Sr. Antonio Sadzevicius, que mantinha na sede da empresa autuada escritório particular totalmente isolado de suas instalações;

- por não ter tido acesso aos documentos da empresa Margherita Malhas Ltda., a autuada encontra dificuldades para elaborar sua defesa, o que acarreta cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que jamais poderá ser considerada sucessora da mencionada empresa, não servindo de suporte à fiscalização o relatório de fls. 22/23 do processo;

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

- conforme ressaltado no relatório fiscal, a empresa Margherita tinha sua sede na Capital do Estado de São Paulo e por força do art. 753 do RIR/80, a competência para fiscalizá-la seria da Delegacia da Receita Federal em São Paulo, sendo que a fiscalização pela DRF/Santo André conduz à nulidade da autuação, à luz do art. 59 do Decreto nº 70.235/72;

- a ilegitimidade da defendente para responder por débitos da empresa Margherita é manifesta, pois, jamais adquiriu fundo de comércio ou empresa ou estabelecimento comercial daquela contribuinte, além disso, conforme se verifica do contrato social juntado aos autos, a defendente iniciou suas atividades em 17/03/89, sendo pessoa jurídica distinta daquele, não podendo responder por débitos anteriores à data em que passou a existir juridicamente;

- portanto, não tendo adquirido em momento algum o fundo de comércio da empresa Margherita Malhas Ltda., a alegação de sucessão não procede, socorrendo a contestante o artigo 133 do Código Tributário Nacional;

- por outro lado, a autuação é improcedente, pois a contestante sempre recolheu os tributos devidos, tendo apresentado as Declarações do IRPJ nos prazos legais, estando correta a apresentação da Declaração do IRPJ no exercício de 1991 pelo Lucro Presumido, sendo, portanto, improcedente a forma de lançamento procedida pela Fiscalização, que adicionou ao faturamento da defendente valores de vendas da empresa Margherita, contaminando a autuação, vez que a autuada é parte ilegítima para responder por débitos daquela empresa;

- de igual modo, inexistiu omissão de receitas por parte da defendente e não procede a alegação da fiscalização de que a autuada é reincidente, pois a sua escrituração se apresentou regular e não foi fiscalizada anteriormente;

- reitera, ao final, seu inconformismo quanto ao Termo de Verificação e Prova de Sucessão de fls. 22/23, bem como todos os itens da Descrição dos Fatos, por inverídicos e sem propósito, além de ferirem princípios de direito, contestando, ainda, os cálculos elaborados pela Fiscalização, por não refletirem a verdade dos fatos.

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

Em Informação Fiscal às fls. 55/58, o autor do feito contraditou as razões de defesa apresentadas e propugnou, ao final, pela manutenção integral da exigência.

A autoridade "a quo" rejeitou as preliminares de nulidades suscitadas e, no mérito, julgou parcialmente procedente o lançamento, para retificar os valores de receita tributada por declaração inexata, conforme decisão de fls. 60/66, assim ementada:

"IMPOSTO DE RENDA - PESSOA JURIDICA

SUCESSÃO - RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA - Caracterizada a sucessão, responde a sucessora pelos tributos devidos pela sucedida.

LUCRO ARBITRADO - A falta de exibição ao Fisco de escrita contábil do contribuinte autoriza a que se proceda ao arbitramento do lucro.

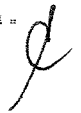
LUCRO PRESUMIDO - DECLARAÇÃO INEXATA - Tributada a diferença positiva entre a receita constante do Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e a indicada na declaração de rendimentos. Retificados os cálculos.

LUCRO PRESUMIDO - OMISSÃO DE RECEITAS - Tendo efetuado gastos necessários à sua atividade em montante superior aos seus recursos efetivos, sem comprovação de origem, impõe-se a tributação da diferença como receita omitida.

LANÇAMENTO PROCEDENTE, EM PARTE."

Leio em Sessão as razões que lastrearam o ato decisório (fls. 62/66).

Dessa decisão a contribuinte foi cientificada em 20/10/93 e, ainda irresignada, interpôs em 19/11/93 o recurso voluntário de fls. 70/75, postulando a sua reforma e consequente cancelamento da exigência.



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

Como razões do apelo, a suplicante reitera, basicamente, os argumentos expendidos na fase impugnatória dando ênfase à alegação de ser parte ilegítima para responder pelos débitos da empresa Margherita Malhas Ltda., por não ter restado caracterizada a sucessão nos moldes do art. 133 do C.T.N.

No intuito de fortalecer sua tese, neste sentido, traz à colação declaração firmada pelo Contador das duas empresas, Sr. Antonio Sadzevicius, no sentido de que mantinha escritório particular de contabilidade no mesmo endereço da sede da autuada, cujas instalações eram isoladas da referida empresa e que a apreensão dos documentos da empresa Margherita Malhas Ltda., que era sua cliente, foi feita em seu escritório particular.

Juntou, ainda, com o mesmo intuito, cópias de duas certidões: uma extraída no Cartório do 2º Ofício Cível da Comarca de São Caetano do Sul, SP, dando conta de Ação Ordinária de despejo movida por Estanislau Meliunas contra a empresa Margherita Malhas Ltda, objetivando a retomada do imóvel que a mesma ocupou à Rua Piratininga, nº 234, SCSul/SP, com sentença favorável ao Autor transitada em julgado em 16/08/89 (fls. 77); outra extraída no Cartório do 4º Ofício do Foro Regional de Jabaquara (SP), igualmente noticiando Ação Ordinária de despejo movida por Nelson Munhoz contra a mesma empresa, com objetivo também de retomada do imóvel localizado à Rua Florestópolis, 43 e 45, Jardim Maria Estela, cujo contrato de locação teve início em 02/09/89 e término 01/09/91, tendo a sentença transitado em julgado, favorável ao Autor em 06/04/92.

E o relatório.



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

V O T O

Conselheiro JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO

O recurso é tempestivo e assente em lei. Dele, portanto, conheço.

Como visto do relato, a Recorrente suscita uma série de preliminares de nulidade, no intuito de eximir-se da exigência fiscal de Ihe foi imputada.

Na primeira alega ser parte ilegítima para responder pelos tributos devidos pela Margherita Malhas Ltda., vez que jamais adquiriu fundo de comércio, ou empresa ou estabelecimento comercial daquela pessoa jurídica, e que, além disso, só iniciou suas atividades em 17/03/89, não podendo responder por débitos anteriores ao seu surgimento no mundo jurídico.

Para corroborar suas alegações, juntou cópia de declaração prestada por seu contador, no sentido de que mantinha escritório particular de contabilidade no mesmo endereço da sede da autuada, onde foram apreendidos os documentos da mencionada empresa, que era sua cliente, e também de certidões extraídas em cartórios dando conta de Ações de despejo movidas contra a empresa Margherita, em períodos posteriores aos exercícios fiscalizados.

A meu ver nenhum dos argumentos, ou mesmo documentos, trazidos à colação são suficientes para descaracterizar a sucessão, de fato, daquela empresa pela autuada: a uma, porque a aquisição de fundo de comércio ou da empresa ou estabelecimento comercial são as formas jurídicas concretas de sucessão, as quais não anulam a existência de aquisições disfarçadas ou informais, como a que ocorre na espécie, as chamadas sucessões de fato; a duas, porque não foi o simples fato de o contador ser comum às duas empresas que levou o Fisco a caracterizar a sucessão, mas muito mais que isso, foram evidências irrefutáveis, quais sejam:

J

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

a) o local de funcionamento das duas empresas é o mesmo;

b) as duas empresas dedicam-se a mesma atividade (confeções de roupa);

c) os maquinários são os mesmos, tendo sido adquiridos da empresa sucedida pela sucessora;

d) os empregados, de igual modo, são os mesmos, os quais foram demitidos da sucedida em 30/11/89 e admitidos pela atuada no dia seguinte, ou seja, em 01/12/89;

e) também os clientes são os mesmos.

A vista de todos esses pontos comuns, não resta dúvidas que a atuada, sucedeu, de fato, a empresa Margherita Malhas Ltda., sendo irrelevante, para a caracterização, a ausência de documentos formais concretizando o negócio.

Nesta conformidade, consoante estabelecido no artigo 133, inc. I, do Código Tributário Nacional, responde pelos tributos devidos pela sucedida até a data do ato.

Rejeito, assim, a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo suscitada.

Também não merece acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência "ratione loci" do fiscal atuante, vez que tanto a legislação de regência como a jurisprudência dominante nesta esfera administrativa orientam no sentido de que a competência do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional não se restringe à jurisdição da repartição em que está lotado, estendendo-se por todo Território Nacional.

Com efeito, este mesmo Colegiado já teve oportunidade de examinar com profundidade o tema, por ocasião do julgamento do Recurso nº 81.758, tendo concluído pela improcedência da nulidade nesses casos, com base nos sólidos fundamentos expendidos no voto condutor do Acórdão nº 101-71.409, de 1979, da lavra do então Presidente da Câmara, Dr. Amador Dutra de Faria, do qual destacamos os seguintes trechos, para solucionar o presente caso:

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-48

ACORDÃO Nº 101-90.236

"Embora as normas vigentes atribuam competência privativa ao Fiscal de Tributos Federais para a apuração de infrações fora do recinto das repartições, em caráter geral, e, no domicílio dos contribuintes, de modo particular, nestes mesmos diplomas não há qualquer limitação em função do espaço geográfico, onde, por razões administrativas, principalmente de garantias do próprio fiscal, possa temporariamente estar localizado.

Muito até pelo contrário, pois ao invés de limitar a competência do fiscal à sua localização geográfica, as leis que dispõem sobre os poderes de fiscalização suprimiram, inclusive, para melhor aproveitamento do contingente fiscal, a antiga lotação, tendo o art. 6º do Decreto-lei nº 788, de 26.02.69, estabelecido, in verbis:

"Art. 6º - Os Agentes Fiscais de Rendas Internas, do Imposto de Renda e de Rendas Aduaneiras, poderão ser designados para ter exercício nos diversos órgãos da Secretaria Federal, independentemente da classe correspondente ao seu nível de vencimento."

Observa-se ainda, como corolário do estabelecido no dispositivo supratranscrito, que também o art. 9º do Decreto-lei nº 1.024, de 24.10.69, enquadra penalmente o funcionário fiscal que autuar o contribuinte faltoso, sem qualquer reserva e eventual espaço físico de localização, ao estabelecer, ipsis litteris:

"Art. 9º - A não autuação de contribuinte incurso em infração de lei fiscal e a não apreensão de mercadoria importada sem obediência às normas legais, configurarão a prática de ilícito de lesão aos cofres públicos, pelo agente fiscal de tributos federais."

Ainda com fundamento no que estabelecem os dispositivos dos Decretos-leis nºs 788/69 e 1.024/69, já transcritos, e o art. 3º do Decreto-lei nº 427/69, o art. 432 do vigente Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto nº 76.186/75, dispõe que:

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

"Art. 432 - Sempre que apurarem infração das disposições deste Regulamento, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens, os agentes fiscais de tributos federais lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal."

Por sua vez o Decreto nº 70.235/72, apenas determina no art. 10 que:

"O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

.....

IV - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

E óbvio, no entanto - como muito bem assinalou o colega HARRY CONRADO SCHULER, em brilhante voto que mereceu a acolhida unânime do Colegiado (Acórdão 111-00.525, de 18.03.76) - que para atender à necessidade da organização administrativa, no que se refere especialmente à melhor alocação da força de trabalho, e ao controle sobre os seus servidores, que a Administração distribua seus fiscais entre as repartições centrais, regionais e locais, tendo como parâmetro a conveniência, visto que os deslocamentos constantes acarretariam a elevação excessiva dos custos. Todavia, uma simples comunicação, no caso de prosseguimento da ação fiscal, ou uma autorização do órgão regional ou local, no caso de início de ação fiscal, colocam o agente fiscal a salvo de qualquer sanção disciplinar, pois são estes os expedientes previstos na legislação disciplinar da Corporação para a atuação do servidor fiscal fora da sede da repartição em que está localizado; sem esquecermos as determinações de ofício no mesmo sentido.

Sem dúvida alguma, a atividade fiscal, na defesa dos interesses do Erário, assemelha-se e rege-se por princípios semelhantes àqueles que orientam a

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

atividade do Ministério Público, notadamente no que se refere ao princípio da unidade e indivisibilidade, dado que os fiscais podem ser substituídos, indiscriminadamente, uns pelos outros, a critério dos órgãos regionais e central.

.....
E oportuno ainda salientar que as características de dinamismo, especialização e sigilosidade das investigações fiscais exige da Administração Fiscal frequentes providências urgentes para a apuração de infrações fiscais, o que não seria compatível com a publicação de atos de remoção ou qualquer expediente formal não confidencial, nem com o imperativo de somente serem utilizados servidores fiscais localizados em determinada região.

A hipótese, praticamente inviável, de o agente fiscalizador se deslocar, de motu proprio e às suas expensas para exercer atividades em regiões fora de sua localização, sem ciência das autoridades superiores, poderia acarretar-lhe sanções de natureza administrativa, mas, as infrações, porventura apuradas, somente poderiam ser tornadas insubsistentes se em desacordo com a legislação substancial que as previu, pois a autoridade ainda aqui não poderia ser considerada incompetente.

Em face do exposto, entendemos ser totalmente inviável a invocação da incompetência ratione loci da Fiscalização, visto que a lei não estabeleceu qualquer limitação territorial, os princípios emanados de suas normas conduzem à presunção inegável da eficácia da atividade assim desenvolvida e o interesse da coletividade associando a esses dois pressupostos impõem, de maneira inarredável, que se conclua pela inexistência de qualquer nulidade nesses casos."

Na hipótese em causa com muito mais razão deve ser rejeitada a preliminar de incompetência da autoridade autuante, pois, além das razões supratranscritas, o auto foi lavrado no local da verificação da falta, qual seja, no domicílio da pessoa jurídica que responsável, por sucessão, pelo pagamento dos tributos, onde foram apuradas as irregularidades que originaram a

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 13746/000.332/92-69

ACORDAO Nº 101-90.236

a presente exigência. Portanto, na jurisdição do autor do feito (DRF em Santo André-SP), órgão em que tem lotação.

Ademais, a contribuinte foi notificada da exigência em seu domicílio fiscal, para que o mesmo tivesse pleno acesso aos elementos que embasaram a exigência, e pudesse exercer em sua plenitude seu direito à ampla defesa.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência da fiscalização.

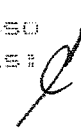
Finalmente, quanto a última preliminar de nulidade do lançamento, por cerceamento ao direito de defesa, sob alegada dificuldade de acesso aos documentos da empresa sucedida, não faz qualquer sentido, vez que, segundo se depreende do Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 07, os documentos daquela empresa foram apreendidos justamente no endereço da autuada.

E irrelevante, no caso, se a apreensão ocorreu no escritório particular do Contador, Sr. Antônio Sadzevicius, já que o mesmo cuidava da contabilidade das duas empresas e, além disso, foi quem acompanhou todo o desenrolar da ação fiscal, tendo, inclusive, assinado o Auto de Infração e o Termo de Encerramento de Ação Fiscal na qualidade de preposto.

Portanto, aludidos documentos, sem dúvida, encontravam-se, todo tempo, ao inteiro dispor da autuada, em poder do responsável por sua escrituração, no endereço em que está instalada. Se não teve acesso aos mesmos, foi porque não quis.

Assim, é de afastar também esta preliminar de nulidade do lançamento, por não caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, o qual, diga-se de passagem, foi exercido em sua plenitude.

Uma vez afastadas as preliminares arguidas, passo ao exame do mérito do litígio, que envolve as seguintes matérias:



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

a) ARBITRAMENTO DE LUCROS NOS EXERCÍCIOS DE 1988 A 1990, POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITA CONTÁBIL E FISCAL E DAS DECLARAÇÕES DE RENDIMENTOS.

Como se vê do relato, cinge-se a controvérsia travada neste item, em torno do arbitramento levado a efeito pela autoridade fiscal, na constituição do crédito tributário em causa, tendo em vista a falta de apresentação dos livros e documentos contábeis/fiscais, que pudessem respaldar a tributação com base no lucro real, bem como das Declarações de Rendimentos dos exercícios de 1988 a 1990.

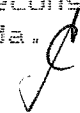
O arbitramento do lucro pela falta de apresentação de livros ou documentos está previsto no inciso III, do artigo 399 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, que dispõe:

"Art. 399 - A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da firma individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-lei nº 1.648/78, art. 7º):

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros ou documentos da escrituração à autoridade tributária."

Evidencia-se do texto legal que a medida alcança a todas as empresas que deixarem de exibir os livros e documentos da escrituração à autoridade tributária, quando para tal forem intimadas, sem cogitar dos motivos da não apresentação. Isto porque o arbitramento do lucro se constitui num mero instrumento que objetiva determinar o lucro tributável, quando falte ou não se tem acesso a escrituração contábil, que o meio material concreto de se conferir o resultado operacional da pessoa jurídica, não possuindo qualquer conotação penal.

O arbitramento do lucro tem, portanto, a função precípua de suprir a escrituração regular do contribuinte, na hipótese de sua imprestabilidade, inexistência ou não apresentação à autoridade fiscal, para os efeitos de reconstituir o resultado passível de tributação pelo imposto de renda.



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

As peças que instruem os presentes autos demonstram que o arbitramento foi a única alternativa que restou ao autuante para apurar o crédito tributário devido nos exercícios fiscalizados, eis que, não obstante reiteradas intimações feitas à contribuinte, esta não logrou apresentar os livros e documentos contábeis/fiscais solicitados, procurando eximir-se da responsabilidade sob o argumento de que não é parte legítima para responder pela empresa sucedida (Margherita Malhas Ltda.), vez que não adquiriu formalmente o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial da empresa e por outro lado, tem dificuldades de acesso aos documentos da empresa.

Tais argumentos, contudo, demonstraram-se frágeis e infundados, pelas razões expendidas na parte preliminar deste voto, pelo que deve ser mantido o arbitramento levado a efeito neste item.

b) LUCRO PRESUMIDO -- OMISSÃO DE RECEITA --
DIFERENÇA ENTRE GASTOS E RECEBIMENTOS

Como se infere do relato, a questão submetida ao deslinde deste Colegiado, neste item, diz respeito à omissão de receita, capitulada no artigo 396 do RIR/80, vez que trata-se de empresa que no exercício de 1991 tributou seus resultados com base no lucro presumido, tendo apresentado sua declaração de rendimentos no Formulário III.

A fiscalização, em face a ausência de escrituração regular por parte da empresa, facultada pelo próprio regime de tributação adotado, caracterizou a ocorrência de omissão de receitas, mediante confronto de valores representativos de desembolsos com o valor dos recebimentos do período. Desse confronto resultou um montante de gastos superior às entradas de recursos, levando o fisco a concluir que a empresa subtraiu tal diferença ao crivo da tributação.

A apuração da omissão de receita em tais casos, obviamente, pressupõe a transformação das rubricas eleitas num fluxo de caixa, com vistas a obtenção do efetivo valor dos recebimentos e pagamentos verificados no período.

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

O autuante, no presente caso, montou o fluxo de caixa de fls. 36, no intuito de expurgar os valores pertinentes a outros exercícios, bem como aqueles que não correspondessem a efetivos recebimentos e desembolsos, obtendo, ao final, um valor de dispêndios superior ao dos recebimentos do período.

Em suas petições de defesa, a Recorrente não logrou produzir qualquer prova capaz de justificar a diferença apurada, aliás, sequer enfrentou a questão, em razão do que deve ser mantida a exigência neste particular.

c) DECLARAÇÃO INEXATA - DIFERENÇA ENTRE A RECEITA DECLARADA E A CONTRANTE DO LIVRO REGISTRO DE SAIDAS.

Neste item, na verdade, o Fisco apenas retificou a declaração apresentada no exercício de 1991, no que pertine ao valor da receita declarada, com base na receita registrada no Livro Registro de Saldas.

Como a constante do livro superava a receita declarada, o Fisco tributou a diferença, observando o mesmo coeficiente utilizado na sistemática do Lucro Presumido, que foi o regime de tributação eleito pela empresa naquele período.

Também neste caso a Recorrente não apresentou qualquer argumento ou elemento tendente a justificar a diferença, devendo, por isso, ser mantido o lançamento.

d) EXIGENCIAS REFLEXAS

No que respeita às exigências reflexas relativas às contribuições enumeradas no relatório, uma vez que foram utilizadas como base de cálculo das mesmas, os valores que ensejaram a cobrança do IRPJ, aplicam-se por inteiro nestes a solução daquele processo, posto que ambas as exigências (do IRPJ e lançamentos decorrentes) repousam sobre o mesmo suporte fático, observadas as peculiaridades de cada um dos casos a seguir ressaltadas:

l

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

d.1) PIS/FATURAMENTO

A exigência da CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL está fundamentada nas normas do art. 1º do decreto-lei nº 2.445/88 c/c o art. 1º do Decreto-lei nº 2.449/88. Ocorre que esses diplomas legais que, inclusive, substituíram o chamado PIS/REPIQUE (5% sobre o IRPJ devido ou como se devido fosse), por um percentual sobre a receita operacional, alterou os prazos de recolhimento, passando de semestral para mensal, etc.): foram julgados inconstitucionais por vários Tribunais Regionais Federais, pelas três Turmas do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e pelo próprio Pleno deste Sodalício.

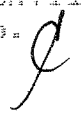
E evidente que as autoridades administrativas, como recomenda o bom senso, devem seguir, desde logo, a orientação especialmente firmada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sobretudo quando este interpreta a Constituição Federal.

Com fundamento nesses decisórios da mais alta Corte, este Conselho tem rejeitado a exigência da Contribuição para o PIS em procedimento de ofício fundado nos aludidos Decretos-leis, tendo em vista o seguinte:

a) embora as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em Recursos Extraordinários não tenham efeito "erga omnes", são definitivas e irrecorríveis, já que provindas da Suprema Corte da Justiça;

b) se, de um lado, em nosso sistema jurídico, a jurisprudência não obriga além dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, sem vincular os Tribunais Inferiores aos julgamentos dos Tribunais Superiores, temos, por outro lado, que, em casos semelhantes ou análogos, os precedentes desempenham, nos Tribunais ou na Administração, papel de significativo relevo;

c) a própria Administração Federal, através da Consultoria Geral da República, tem reafirmado, ao longo dos tempos, o posicionamento de que a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questões de Direito.



MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

A propósito, o Parecer C-15, de 13/12/60, não revogado, do Consultor Geral da República, Dr. Leonardo Cesar de Miranda Lima Filho, já recomendava ao Poder Executivo não prosseguir "a vogar contra a torrente de decisões judiciais", conforme realça do trecho do mencionado Parecer, a seguir transcrito:

"Se, no entanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressam os Tribunais a firmeza de seu entendimento relativamente a determinado ponto de direito, recomendável será não renita a Administração, em hipóteses iguais, em manter a sua posição, adversando a jurisprudência solidamente firmada.

Teimar a Administração em aberta oposição à norma jurisprudencial firmemente estabelecida, consciente de que seus atos sofrerão reforma, no ponto, por parte do Poder Judiciário, não lhe renderá mérito, mas desprestígio, por sem dúvida. Fazê-lo será alimentar ou acrescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à Justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem, como instrumento de realização do interesse coletivo."

d) orientação idêntica, foi dada pelo Tribunal Regional Federal - 1ª Região, em 30/04/94, no Ac. 9401.11819-1-MG, "in verbis":

"A decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que em Recurso Extraordinário, declarando a inconstitucionalidade de uma norma, deve, na verdade, por questão de praticidade e bom senso, ser obedecida pelas autoridades administrativas e judiciárias, em razão de ser a Corte que dá a última palavra sobre constitucionalidade ou não de uma lei. Não se deve, assim, esperar que o Senado exercite a atribuição prevista no art. 52, inc. X, para não cumprir a lei tida por inconstitucional."

e) a própria Secretaria da Receita Federal, perfilando-se nessa linha, autorizou o parcelamento dos débitos relativos à contribuição para o FINSOCIAL de acordo com as decisões

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDÃO Nº 101-90.236

já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva expressa quanto a possibilidade de a diferença de débito parcelado vir a ser cobrada, caso o Supremo tribunal federal altere o seu entendimento (Boletim Extraordinário nº 048, de 06.05.93 e nº 094, de 12.11.93).

Sendo assim, e objetivando operacionalizar o princípio da economicidade na aplicação de recursos públicos, prevista no artigo 70 da Constituição Federal, coibindo à União desnecessários gastos com honorários de sucumbência, acaso a matéria extrapole ao judiciário, filio-me a jurisprudência remanescente deste Primeiro Conselho de Contribuintes, no sentido de considerar inexigíveis as majorações de base de cálculo e alíquota definidas pelos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Nesta ordem de juízos, é de se cancelar a exigência do PIS/FATURAMENTO, por fundada em atos inconstitucionais.

d.2) FINSOCIAL/FATURAMENTO

No tocante as alíquotas do FINSOCIAL, seus percentuais foram, ao longo dos tempos e a partir do Decreto-lei nº 2.463/88, fixados através do artigo 7º da Lei nº 7.787, de 30/06/89, em 1% (um por cento), do artigo 1º da Lei nº 7.894, de 27/11/89, em 1,2% (um inteiro e vinte centésimos por cento) e, por último, do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 26/12/90, em 2% (dois por cento), o que suscitou diversas pendências judiciais em torno da constitucionalidade ou não dessas majorações.

Contudo, toda a discussão acerca do assunto parece-me, agora, despicienda diante de reiteradas decisões do Supremo tribunal federal que, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, no que exceder à alíquota de 0,5%, por afronta aos princípios constitucionais.

Com vistas a minimizar o ônus de sucumbência e o desgaste natural dos Órgão da Administração decorrente das sucessivas decisões contrárias à União, o Poder Executivo editou, em 10/11/95, a MP nº 1.202, determinado o cancelamento e arquivamento dos respectivos processos fiscais que objetivavam a

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10805/000.107/93-46

ACORDAO Nº 101-90.236

exigência do FINSOCIAL com base em alíquotas superiores a 0,5%, Medida Provisória essa que vem sendo reeditada até o presente mês.

Nestas circunstâncias, é de se excluir da exigência a importância que exceder a aplicação do percentual de 0,5% previsto no Decreto-lei nº 1.940/82.

d.3) CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

Também no que respeita a essa contribuição existe determinação expressa do Poder Executivo, através da prefalada Medida Provisória, para cancelar e arquivar os processos fiscais que cuidam do lançamento da Contribuição Social relativa ao período-base de 1988, exercício de 1989, em razão das reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar inconstitucional a contribuição incidente sobre o lucro apurado no balanço encerrado em 31/12/88, por afronta ao princípio da irretroatividade.

Sendo assim, é de se afastar a exigência da contribuição social relativa ao exercício de 1989.

Por todo o exposto, Rejeito as preliminares de nulidade do lançamento arguidas e, no mérito, Dou provimento parcial ao recurso, para: a) excluir totalmente a exigência do PIS/FATURAMENTO fundada nos Decretos-leis nº 2.445/88 e 2.449/88; b) determinar que o FINSOCIAL/ FATURAMENTO, nos períodos-base de 1989 e 1991, seja calculado com base na alíquota de 0,5% (meio por cento); c) excluir a exigência da contribuição social relativa ao exercício de 1989, período-base de 1988.

Brasília, DF, 15 de outubro de 1996


JEZER DE OLIVEIRA CANDIDO - RELATOR