



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

RMF-3

Processo nº : 10830.000783/94-39
Recurso nº : 116.140
Matéria : IRPJ e OUTROS Exs.: 1989 a 1992
Recorrente : FERNANDES & CASEIRO LTDA.
Recorrida : DRJ em CAMPINAS S/P.
Sessão de : 03 DE JUNHO DE 1998
Acórdão nº : 107-05.079

NULIDADE - Os casos taxativos de nulidade, no âmbito do processo administrativo fiscal, são os enunciados no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. Possuindo o auto de infração todos os requisitos estabelecidos pelo artigo 10 do precitado diploma processual, necessários à sua formação, não há que ser suscitada sua nulidade, sobretudo se o contribuinte foi cientificado de sua lavratura e demonstrou pleno conhecimento dos fatos que o motivaram.

APROPRIAÇÃO DE CUSTOS - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - Os valores apropriados como custo ou despesas calcados sobre notas fiscais emitidas por pessoa jurídica inexistente e/ou com situação irregular, cuja entrada das mercadorias não foram comprovados pelo estabelecimento adquirente, deve ser oferecido a tributação com multa qualificada.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - EXERCÍCIO DE 1989 - ILEGALIDADE DE SUA COBRANÇA. Insubsiste o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro referente ao exercício de 1989, face à declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei 7.689/88, pelo STF, e à Resolução nº 11/95, do Senado.

ILL - EXS. DE 1989 A 1992 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 35 DA LEI Nº 7.713/88 - Nos termos da decisão proferida pelo STF junto ao RE nº 172058-1/SC, artigo 35 da Lei nº 7.713/88, improcede sua aplicação.

JUROS MORA / TRD. Cabível a cobrança de juros de mora com base na variação da Taxa Referencial Diária - TRD - nos termos do disposto na Lei nº 8.218/91, observando-se, contudo, que, de acordo com o disposto no artigo 43 da mesma lei, deve ser considerado o mês de agosto de 1991 como termo inicial da exigência.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
FERNANDES & CASEIRO LTDA.

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ
PRESIDENTE


EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 AGO 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ, NATANAEL MARTINS, PAULO ROBERTO CORTEZ, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, MARIA DO CARMO SOARES RODRIGUES DE CARVALHO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

Recurso nº : 116.140
Recorrente : FERNANDES & CASEIRO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de medida fiscal que exige IRPJ e outros, apontando superavaliação de compras diante da constatação de inexistência da empresa fornecedora conforme descrito no TVA - doc. de fls. 132, capitulado como apropriação indevida de custos.

A descrição dos fatos e enquadramento legal (doc. de fls. 140), exige imposto e multa qualificada referente aos exercícios de 1.989, 1.990, 1.991 e 1.992. (art. 182; 193; 195, I; 245 - RIR/94, e art. 154; 157; 191; 387, I; 743, II - RIR/80).

A medida fiscal fundamenta-se em informações da Secretária de Fazenda do Estado de São Paulo (doc. de fls. 130/131) que:

a) informa não existir em seu cadastro contribuinte com o nº de CGC nº 61.845.743/0001-02;

b) a inscrição Estadual de nº 105.848.505 pertence à " M V SERRALHEIRO" - a qual encontra-se cancelada;

c) diligência realizada verificou a inexistência do estabelecimento na Rua Mooca nº 223;

d) concluí que a empresa QUILIMPO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA nunca existiu. *df*

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

A Delegacia de Julgamento rejeitou a preliminar de nulidade do A.I., mantendo a exigência sobre apropriação de custos calcados em notas fiscais inidôneas e seus reflexos, bem como considera procedentes os juros de mora calculados com base na TRD, e o lançamento em UFIR.

A recorrente vindo em recurso alega:

a) nulidade da decisão singular por incidir nas mesmas ilegalidades perpetradas pelo auditor fiscal;

b) sustenta que o ônus da prova não cabe ao contribuinte;

c) que a atitude da recorrente não se coaduna como infringência a legislação tributária, pois não houve intenção de fraudar o fisco, uma vez que efetivamente adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais colacionadas no processo, notadamente porque procedeu a escrituração contábil de cada uma das operações, durante o período de fevereiro de 1.988 a junho de 1.991, conseqüentemente não praticou ato as escondidas do fisco;

d) se tivesse a intenção de fraudar o erário publico, por certo não documentaria tais operações;

e) faz juntada de declarações de testemunhas referente ao processo crime instaurado pela 1ª Vara Justiça Federal de Campinas (doc. de fls. 273/274);

f) que a questão da existência ou não de direito do estabelecimento da Quilimpo não lhe compete;

g) que embora inexista perícia, evidencia-se pela documentação manuseada pelo auditor fiscal, fluxo de caixa suficiente para suportar as compras efetuadas;

h) contesta a aplicação da TRD, da CSSL referente ao exercício base de 1.988 e o IR fonte.

É o Relatório.



Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

VOTO

Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, Relator

O recurso preenche as formalidade legais, razão pela qual dele conheço.

A matéria consubstancia-se em glossa de custos face a aquisição de mercadorias de empresa inexistente, irregularidade essa fundamentada nas informações prestadas pela Secretária da Fazenda Estadual do Estado de São Paulo (doc. de fls. 130/131).

Exige-se imposto IRPJ, exercícios base de 1.989, 1.990, 1.991 e 1.992, financeiros de 1.990, 1.991,1.992 e 1.993 - tendo como enquadramento legal os art(s). 182; 193; 195,I; 245 do RIR/94; e art(s) 154; 157; 191; 387,I; 743,II do RIR/80; e exigências decorrentes Contribuição Social sobre o Lucro e Imposto de Renda na fonte.

Diante da apreensão das notas fiscais originais da Empresa "QUILIMPO IND. E COM. DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA" (doc. de fls. 41 / 76), estas escrituradas no Registro de Entada de Mercadorias, e verificado nos registros contábeis da autuada que debitou-se a conta 4.3.1.01.003 - MERCADORIAS (conta de Resultado) e creditou-se a conta 1.1.1.01001-2- (CAIXA), bem como das informações prestadas pela Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo/SP, instou a autoridade fiscal para que o sujeito passivo apresenta-se no prazo de 20 dias, os seguintes documentos:

- * comprovantes de pagamento (recibos, duplicatas quitadas ou quaisquer outros que demonstrassem de forma inequívoca, os referidos pagamentos);
- * conhecimentos de transportes das referidas mercadorias;
- * cópias de microfilme de cheques (entrados na conta caixa), caso o pagamento tenham sido feitos com os mesmos, a fim de que pudesse ser identificado o beneficiário;

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

- * cópias de pedidos de identificação da pessoa com quem mantinha contacto para a realização das operações de compra e venda;
- * cópias carbono de cheques dados em pagamento das notas fiscais.

Em 31-01-94, a contribuinte solicitou prorrogação de prazo para atendimento, este dilatado para o dia 28-01-94 (fls. 134).

Não ocorrendo o atendimento na data aprazada, foram lavrados os autos de infração.

Decidindo a Delegacia de Julgamento/SP, mantém em sua totalidade o auto de infração.

Em recurso tempestivo a recorrente alega a nulidade da decisão singular por incidir nas mesmas ilegalidades perpetradas pelo autitor fiscal, quer sejam a aplicação da TRD, exigência da Contribuição Social referente ao ano base de 1.988 e I R Fonte com base no artigo 35 da Lei nº7.713/88.

Feliz e oportuna a manifestação do Julgador Singular ao focar que as questões suscitadas como preliminares, dependem antes da solução do próprio litígio, portanto essas razões por se relacionarem com o conteúdo da ação fiscal, serão analisadas no mérito.

Sustenta ainda que o ônus da prova não cabe ao contribuinte, uma vez que sua atitude não se coaduna como infringência a legislação tributária, pois não houve intenção de fraudar o fisco, e afirma que empresa efetivamente adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais colacionadas nos autos, tendo procedido os devidos registros contábeis e fiscais de cada uma das operações.

Inicialmente temos que a autuada na fase impugnatória mencionou que apenas mantinha contato com o Sr. Waldomiro (vendedor da remetente), o qual periodicamente passava pelo seu estabelecimento, anotava as quantidades de produtos para entrega posterior.

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

Informa ainda que por ocasião das entregas, os valores eram pagos com cheques de terceiros e parte em dinheiro, e que as notas fiscais eram emitidas no estabelecimento do fornecedor.

Anote-se que a autuada alega que não lhe compete verificar a existência ou não de seus fornecedores, entretanto quando solicitado a comprovar o efetivo recebimento das mercadorias e forma de pagamento, simploriamente diz que foi fornecido ao auditor fiscal o fluxo de caixa suficiente para demonstrar os pagamentos.

Ora, pelo longo período de transações, estranho é a falta de esforço do sujeito passivo em demonstrar as formas de quitação das referidas aquisições, tais como: pagamentos efetuados via cobrança bancária; ordens de pagamentos; ou mesmo a indicação de cheques por ela emitidos.

Tal atitude nos parece tendente a dificultar o trabalho das autoridades fazendárias.

Continuando, afirmou que se tivesse intenção de fraudar o erário público, por certo não documentaria tais operações.

Mediante demonstração dos valores monetários de vendas e custos referente ao exercícios base de 1.988 a 1.991, pretende comprovar a entrada das mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da glosa.

Entendo que a devida comprovação de aquisições das mercadorias objeto do presente litígio, devem ser feitas mediante: i - comprovação do efetivo pagamento, este por meio de cheques, cobrança bancária e ou ordens de pagamento; ii - conhecimentos com frete pago ou a pagar; iii - levantamento quantitativo que demonstre a movimentação física das mercadorias.

Minudenciado o rol de provas, cabe indagar a quem compete fazê-las.

Inicialmente há de observar-se que o fisco obteve informações a meu ver robustas e merecedoras de fé da inexistência da empresa fornecedora, provas estas que não são desconhecidas da recorrente.

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

Compelido a fornecer a prova de pagamento e ingresso das mercadorias consignadas nas referidas notas fiscais, o sujeito passivo não as apresentou, e, conseqüentemente tenta inverter o ônus da prova, logicamente porque ele não as possui.

A simples demonstração dos valores monetários de vendas e custo não se presta para comprovar o efetivo ingresso físico das mercadorias.


Tenho pois que diante dos fatos e das intimações não atendidas, e ainda ante a efetiva comprovação feita pelo fisco da inexistência da empresa fornecedora, o ônus probante compete ao sujeito passivo.

As declarações juntadas aos autos não dispensam a prova material que o presente litígio requer.

Como bem fundamentou o julgador singular "Pacífico é o entendimento emanado da jurisprudência administrativa no sentido de que a glosa de custos e/ou despesas que tenham como suporte os documentos emitidos na situação descrita nos presentes autos, somente pode ser ilidida se **ficar inequivocadamente provada a efetividade da aquisição dos produtos descritos naqueles documentos**. Essa prova, todavia, não foi feita, em que pesem as oportunidades que a contribuinte teve para tanto".

Irretocável portanto a Decisão Singular ao manter a glosa de custos capitulada no art. 387,I do RIR/80, bem como a conversão dos tributos e acréscimos legais em UFIR nos termos da Lei nº 8.383/91, art. 58.

Quanto a exigência decorrente da Contribuição Social Sobre o Lucro referente ao exercício base de 1.988 financeiro de 1.989, insubsiste o lançamento face à declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei 7.689/88, pelo STF, e à Resolução nº 11/95, do Senado Federal.

No que tange a exigência decorrente do imposto de renda na fonte nos anos de 1.990 a 1.992 - nos termos da decisão proferida pelo STF junto ao RE nº 172058-1/SC, o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, guarda sintonia com a Constituição Federal, e só pode ser aplicado se devidamente comprovado a distribuição aos sócios. 

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

Com relação aos juros de mora calculados com base na Taxa Referencial Diária, tem razão a recorrente, pois no exercício da atividade administrativa do lançamento, há que se ter em conta, o princípio da legalidade e dos direitos adquiridos que veda a retroatividade das leis, inclusive para agravar o ônus tributário (art. 5º, II e XXXVI da Constituição Federal).

Também o Código Tributário Nacional, lei complementar que estabelece normas gerais de Direito Tributário, que, segundo a hierarquia das leis, deve ser observado pela lei ordinária.

Os juros de mora equivalentes à Taxa referencial Diária somente têm lugar a partir de 30/07/91, de acordo com o disposto nos artigos 3º, inciso I e 36 da Medida Provisória nº 298, de 29/07/91, convertida pela Lei nº 8.218 de 29/08/91.

Assim, os juros de mora incorridos antes do advento da Medida Provisória nº 298/91 seguem a regra da lei anterior, porque os fatos nela hipoteticamente previstos se materializaram sob seu império.

Retroagir Lei nova para abranger esses fatos é defeso pela Lei Maior, não sendo referida Medida Provisória de natureza interpretativa.

O artigo 9º da Lei 8.177/91, não dá respaldo à pretensão do fisco; a) porque não diz expressamente que a incidência seria a título de juros; a duas, pela manifesta inconstitucionalidade desse comando, em que, aliás, incorreu o artigo 30 da Lei 8.218/91, e que por isso, não pode dar legitimidade à exigência.

Como a Lei dispõe para o futuro e os juros de mora, segundo o art. 2º do Decreto-Lei nº 1.736/79, incidiam a razão de 1% ao mês, essa taxa de juros correspondente a julho de 1.991, do contrário haveria retroatividade da lei para aplicar a nova taxa de juros já incorridos.

Por todo o exposto, diante das provas e razões acima elencadas, rejeito as preliminares argüidas, mantendo a glosa de custos por falta de comprovação do efetivo ingresso das mercadorias.

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

Nos decorrentes, excludo as exigências, da Contribuição Social sobre o lucro do ano base de 1.988, e do I.R. Fonte dos anos base de 1.989 a 1.991.

Identicamente excludo a TRD do período antecedente a 30 de julho de 1.991.

Dou provimento parcial ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 03 junho de 1998.



EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS

Processo nº : 10830.000783/94-39
Acórdão nº : 107-05.079

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 55, de 16 de março de 1998 (DOU de 17/03/98)

Brasília-DF, em 28 AGO 1998



FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ
PRESIDENTE

Ciente em 28 AGO 1998



PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL