

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18

SESSÃO DE 27 DE ABRIL DE 1994 - ACÓRDÃO Nº 107-1.110

RECURSO Nº 106.477 - IRPJ - EX.: 1987

RECORRENTE: SALVATORE PETRUSO E CIA LTDA

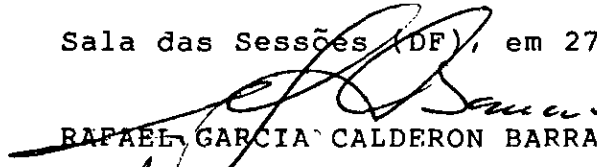
RECORRIDA : DRF EM CAMPINAS/SP

Prova Empréstada - Auto de
Infração Estadual -
Descabimento - Torna-se
empréstado a prova produzida
pelo auto de infração estadual
como elemento de partida dos
trabalhos de fiscalização que
devem, necessariamente, ser
levado a termo pelas
autoridades federais.
Improcede, assim, exigência
fiscal baseada, unicamente em
auto de infração lavrado por
fiscalização estadual

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos
de recurso interposto por SALVATORE PETRUSO E CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro
Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar pro
vimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que pas
sam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões (DF), em 27 de abril de 1994.


RAFAEL GARCIA CALDERON BARRANCO - PRESIDENTE


NATANAEL MARTINS

- RELATOR


LUCIANA DE CASTRO CORTEZ

- PROCURADORA DA FA
ZENDA NACIONAL

VISTO EM
SESSÃO DE:

19 AGO 1994

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros
MAXIMINO SOTERO DE ABREU, CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, JONAS FRAN
CISCO DE OLIVEIRA, EDUARDO OBINO CIRNE LIMA, MARIANGELA REIS VARISCO
DÍCLER DE ASSUNÇÃO.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18

RECURSO Nº 106.477

ACÓRDÃO Nº 107-1.110

RECORRENTE: SALVATORE PETRUSO E CIA LTDA

R E L A T Ó R I O

SALVATORE PETRUSO E CIA LTDA., já qualificada, foi autuada em face da inidoneidade de notas fiscais, evidenciadas em auto de infração lavrado pela fiscalização estadual, tomado como prova emprestada.

O Auto de Infração apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 154 a 157, § 1º, 158, 172, 174, 387, I, c.c. 676, III, todos do RIR/80. A multa teve por base o art. 728, III, do RIR/80, cabível em casos de evidente intuito de fraude.

A Contribuinte, em sua impugnação de fls. 28/32, alega em síntese:

- que adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais caracterizadas como inidôneas pelo fisco estadual;
- que, na condição de compradora, observou regularmente as suas obrigações legais;
- que as mercadorias adquiridas e acobertadas pelas notas fiscais foram pagas pelos cheques nº 6520, 6544 e 6545, do Banco Brasileiro de Descontos;
- que na ocasião vivia-se ainda o período do "Plano Cruzado", onde a falta de mercadoria e a cobrança do ágio eram uma constante. Em contrapartida vivia-se uma fase de alto consumo, o que a levou, diante da boa oportunidade que se lhe apresentava, adquirir tão elevada quantidade de mercadorias, cuja parte considerável, da ordem de CZ\$ 884.481,23, permaneceu em estoque, devidamente transcrito às fls. 165 do Registro de Inventário;
- que, para a fiscalização estadual, não resta a menor dúvida que as mercadorias foram adquiridas, já se questionava, apenas, o crédito do imposto em face da inidoneidade da documentação fiscal que não atendia o Regulamento do ICMS, tanto que a multa aplicada diz respeito à entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação regular (RICMS/SP, art. 492, II, "B", do Decreto 17.727/81).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18
ACÓRDÃO Nº 107-1.110

- que, por fim, mesmo que fosse verdadeira a afirmativa de que as mercadorias no valor de CZ\$ 1.298.000,00 não tivessem entrado no estabelecimento, a base de cálculo do auto de infração seria outra, visto que remanesceu em estoque, no ano-base de 1986, mercadorias no montante de CZ\$ 884.481,23.

Na informação fiscal, às fls. 23, foi dito:

- que o auto de infração do imposto de renda teve como suporte o auto de infração lavrado pela fiscalização estadual, onde está evidenciada a inidoneidade das notas fiscais, o que é suficiente para embasar o lançamento efetuado pelo fisco federal;
- que a forma de pagamento, como alega a interessada, e o enquadramento legal do auto de infração do Estado, são irrelevantes para descarecterizar a inidoneidade das notas fiscais, assim como a base de cálculo não deve ser modificada, eis que o estoque apurado no balanço de 31.12.86 é o que fisicamente existia nesse dia; e
- que, por fim, como se trata de prova emprestada, necessário será obter informações junto ao fisco estadual para que o processo seja julgado.

O Sr. Delegado Regional Tributário/DRT 5, atendendo à solicitação do DRF em Campinas, forneceu cópias das decisões administrativas de 1a. e 2a. instâncias.

Do acórdão do Tribunal de Impostos e Taxas destaca-se:

- que os documentos fiscais são inidôneos, emitidos por firma fantasma, com o único propósito de lesar o erário público, gerando créditos fictícios a terceiros;
- que mesmo se admitindo a hipótese de ter havido a operação em causa, seria mister a comprovação do pagamento, sob que forma e à quem, uma vez que tais documentos bancários e de créditos obrigatoriamente deveriam estar em poder da Recorrente, para fins comerciais e contábeis, no mínimo, sem contar a exigência da legislação estadual e federal tributária;
- que em face da declaração de inidoneidade dos documentos fiscais, cumpria à Recorrente afastar qualquer envolvimento seu no episódio; e
- que ainda que se adotando a culpa por negligência ou mesmo dolo de funcionários da administração fazendária estadual em inscrever a sociedade fantasma, tal fato não gera direitos de créditos porquanto não houve recolhimento do tributo na etapa anterior.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18
ACÓRDÃO Nº 107-1.110

A autoridade "a quo", julgou improcedente a impugnação, destacando-se de sua decisão:

- que se trata de autuação com base em prova emprestada pelo Fisco Estadual;
- que dos pontos que nortearam a decisão do fiscal estadual ficou evidenciada a inidoneidade das notas fiscais;
- que a autuada pretendeu comprovar a efetiva realização da operação citando, apenas e tão somente, três cheques emitidos contra o Banco Bradesco sem, contudo, informar o nome do favorecido, bem como juntar cópias dos referidos cheques; e
- que o fisco estadual suspeita quanto à legitimidade da operação mercantil já que a quantia adquirida excede várias vezes a média consumida, confirmando-se essa suspeita o fato de a emissão das notas fiscais declaradas inidôneas ter ocorrido justamente no final do ano, dando a nítida impressão de tratar-se de operação fictícia com o objetivo de minimizar a carga tributária do exercício, através de um "enxerto" nos custos.

A contribuinte, em seu recurso, reeditando fundamentalmente as razões que embasaram a peça vestibular, requer, a final, seja reformada a decisão de primeira instância e, conseqüentemente, declarado seu efeito o auto de infração.

É o relatório.

V O T O

Conselheiro Natanael Martins - Relator.

O recurso é tempestivo. Dele, portanto, tomo conhecimento.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18

ACÓRDÃO Nº 107-1.110

Nos termos do art. 142 do CTN: *"Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível". (grifamos).*

Ou seja, somente após a verificação de todos os elementos que dão causa ao nascimento da obrigação tributária, hipotecamente descritos em lei, é que se pode afirmar ter ocorrido determinado fato gerador, formalizável, então, mediante a atividade de lançamento, da qual o auto de infração é uma das espécies.

Na verificação do nascimento da obrigação tributária (fato gerador) e consequente constituição do crédito tributário (lançamento), a determinação da matéria tributável é de fundamental importância, já que é ela (a matéria tributável), que foi eleita pelo legislador como signo de riqueza apta a gerar recursos aos cofres do tesouro, que constitui o núcleo da hipótese de incidência.

Nesse sentido é o depoimento de Geraldo Ataliba, em seu festejado e já clássico *Hipótese de Incidência Tributária*:

"41.1 O aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material. Ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h.i.

Este aspecto dá, por assim dizer, a verdadeira consistência da hipótese de incidência. Contém a indicação de sua substância essencial, que é o que de mais importante e decisivo há na sua configuração.

41.2 Assim, o aspecto material da h.i. é a própria descrição dos aspectos substanciais do fato ou conjunto de fatos que lhe servem de suporte.

é o mais importante aspecto, do ponto-de-vista funcional e operativo do conceito de (h.i.) porque, precisamente, revela sua essência, permitindo sua caracterização e individualização, em função de todas as demais hipóteses de incidência. É o aspecto decisivo que enseja fixar a espécie tributária a que o tributo (a que a h.i. se refere) pertence. Contém ainda as indicações da subespécie em que ele se insere" (Ed. RT, 3a. Ed., pg. 99).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18
ACÓRDÃO Nº 107-1.110

Nessa linha de raciocínio, na atividade de lançamento, a caracterização da matéria tributável, descrita pela doutrina como aspecto (elemento) material da hipótese de incidência, há de restar perfeitamente configurada, sob pena de não se poder afirmar ter ocorrido o fato gerador.

Pois bem, no caso concreto posto à análise deste Conselho, discute-se o cabimento ou não do auto de infração lavrado contra a Recorrente, baseado em ação fiscal levada a termo pela fiscalização do Estado de São Paulo.

Bem de ver, entretanto, que este Conselho, na apreciação de feitos administrativos desta natureza, tem sido muito rigoroso no sentido de que não basta a fiscalização federal tomar por empréstimo o auto de infração lavrado pela fiscalização estadual pois, dada a natureza absolutamente distinta do ICMS, que em nada o assemelha ao IR, é indispensável que a fiscalização federal faça as averiguações pertinentes no âmbito do imposto de renda.

Confira-se, a propósito, os seguintes Acórdãos:

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - Toma-se emprestada a prova e não o Auto de Infração e/ou Termo de Ocorrência lavrado pelo fisco estadual. Torna-se necessário que o fato imponível caracterizador da omissão de receita detectada na área estadual esteja inequivocadamente demonstrado de modo a propiciar ao julgador a convicção de que realmente ocorreu omissão de receita também na área federal (Ac. 1ª CC 102-24.422/89 e 24.504/89 - DD 18.04.91).

APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL (Ex. 84/5) - é inaceitável a simples transcrição de dados do Termo de Ocorrência lavrado pelo fisco estadual para formalizar o crédito tributário, se não foi executada uma auditoria da escrita contábil e fiscal do contribuinte e elaborados os competentes demonstrativos de apuração da infração (Ac. 1ª CC 105-5.229/91 - DD 27.06.91).

APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - Conquanto seja admissível que a Fazenda Federal se valha da Fazenda Estadual para lançar o imposto de renda, é imprescindível que sejam circunstanciados os fatos que levaram à conclusão da existência de omissão receita, sob pena de nulidade do lançamento (Ac. 1ª CC 102-25.574/90 - DD 07.11.91)".

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18
ACÓRDÃO Nº 107-1.110

Ora, neste caso concreto, à evidência, a fiscalização federal, desde o início, limitou-se a tomar emprestado o auto de infração e não propriamente as provas que poderiam ter norteado os seus trabalhos.

Tanto isto é verdade que, após a impugnação oferecida pela Recorrente, o fiscal autuante, nas informações prestadas, limitou-se a declarar que o processo, para que pudesse ser julgado, necessitava ser instruído com outros elementos a serem fornecidos pela Fazenda Estadual que, solicitada, encaminhou as decisões administrativas que julgaram o litígio na esfera estadual.

No entanto, a Recorrente, em sua impugnação fez duas afirmações e apontou dados que não poderiam, para o deslinde da questão perante o imposto de renda, deixar de serem abordados, quais sejam: I) que as operações mercantis foram liquidadas por cheques emitidos contra o Banco Brasileiro de Descontos, cujos números declinou; e II) que no balanço encerrado grande parte das mercadorias adquiridas, devidamente apontadas no registro de inventário, remanesceram em estoque.

As peças do processo administrativo fornecidas pelo fisco estadual, indo de encontro com as razões da Recorrente, deixam claro:

- I) que os documentos fiscais que acobertaram a operação mercantil são inidôneos;
- II) que não se comprovou a inexistência da operação mercantil; e
- III) que não se comprovou a efetiva participação da Recorrente no evento.

Ou seja, na esfera estadual comprovou-se a inidoneidade dos documentos fiscais, razão bastante para a glosa que se pretendia. Suspeitou-se da inexistência da operação mercantil, mas de concreto nada se apurou, ou porque nada de fato havia a se apurar, ou porque, como visto, não havia interesse.

Na esfera federal nada se apurou, nada de comprovou, pela simples e boa razão de que nada se fiscalizou.

Porém, mesmo diante desse quadro, à Recorrente foi imposta a multa qualificada, que reclama, para sua aplicação, prova efetiva da participação do contribuinte no evento.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 10830/002.538/88-18
ACÓRDÃO Nº 107-1.110

Ora, diante desses fatos, à evidência, resta claro a ação fiscal não logrou o seu intento.

O simples fato de contribuintes serem autuados pela fiscalização estadual em face da inidoneidade de fornecedores não é razão bastante a justificar a ação fiscal federal.

Os contribuintes, adquirentes de bens e tomadores de serviços, salvo as cautelas naturais, não são obrigados a consultarem os cadastros da fiscalização estadual (ou federal) para realizarem transações.

Assim, a fiscalização federal, partindo das provas colhidas pelo fisco estadual, deveria, necessariamente, ter realizado os trabalhos de fiscalização imprescindíveis, mormente após a impugnação oferecida pela Recorrente, debruçando-se sobre sua contabilidade, de sorte a verificar se a transação teria sido efetivamente concretizada.

Nada disso se fez.

Por tudo isso, conheço do Recurso interposto, para, no mérito, ^{declarar a} insubsistência do lançamento de ofício efetuado.

É como voto.

Brasília-DF, em 27 de abril de 1994.


NATANAEL MARTINS - Relator