



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SÉTIMA CÂMARA

Lam-8

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Recurso nº : 130.455
Matéria : IRPJ e OUTROS - Ex.: 1997 a 2000
Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAS LTDA
Recorrida : DRJ - RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 18 de setembro de 2002
Acórdão nº : 107-06.783

DECADÊNCIA - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em casos de dolo, fraude ou simulação, os termos para contagem de prazo é aquele previsto no item I do artigo 173 do CTN.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - INFRAÇÃO QUALIFICADA
- Nas infrações praticadas com o evidente intuito de fraude aplica-se a multa qualificada.

CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO - JULGAMENTO ADMINISTRATIVO
- **ILEGALIDADE DA LEI N° 9.718/98** - É a atividade em que se examina a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco, sem perscrutar da legalidade ou constitucionalidade dos fundamentos legais inerentes àqueles atos.

IRPJ/LUCRO REAL Ex. 1.997 a 2000 - **OMISSÃO DE RECEITAS - I)** **DEPÓSITOS BANCÁRIOS/CONTRA PARTIDA CONTÁBIL A TÍTULO DE "DEVOLUÇÃO DE ADIANTAMENTO A FORNECEDORES"** - Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta bancária, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem alegada dos recursos utilizados nessas operações. **II) NOTAS FISCAIS PARALELAS/CALÇADAS** - Comprovada tal prática, configurou-se a omissão de receitas operacionais e justifica o lançamento efetuado pelo fisco para cobrar a diferença de imposto.

JUROS - A taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia para Títulos Federais - SELIC é adotada como parâmetro de juros moratórios por força do art. 13 da Lei 9.065/95 e § 3º da Lei 9.430/96, portanto em consonância com a permissão contida no § 1º do art. 161 do CTN.

DECORRENTE PIS - INSUBSTÂNCIA - PERÍODO JANEIRO E FEVEREIRO DE 1.996 - Relativamente ao período anterior à Medida Provisória nº 1212/95, ou seja, até fevereiro de 1.996 (IN 06/00), aplicava-se a Lei Complementar 7/70, inclusive no tocante à base de cálculo de 6 (seis) meses antes do período de competência.

[Assinatura]

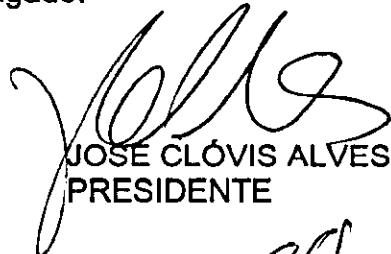
Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

DECORRENTES - C.S.L.L. - PIS FATURAMENTO - FINSOCIAL - A procedência da exigência fiscal no julgamento principal do imposto de renda pessoa jurídica faz coisa julgada nos decorrentes, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existentes.

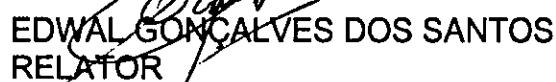
Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir o PIS referente ao mês de janeiro de 1996, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE



EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM:

05 NOV 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIZ MARTINS VALERO, NATANAEL MARTINS, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, NEICYR DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

Recurso nº : 130.455
Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

RELATÓRIO

A autuada já qualificada nestes autos recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 3.461/3.475, protocolada em 08-05-2002, do Decidido pela 5ª Turma da DRJ/RPO Acórdão nº 991 fls. 3.416/3438 – cientificado em 15-04-2002, que considerou procedente os lançamentos consubstanciados nos autos de infrações relativos ao IRPJ, PIS, COFINS e CSLL anos calendários de 1.996/99.

As fls. 3.484 manifestação do SECAT - "Considerando que já existe processo de ARROLAMENTO de bens (nº10840.000.240-46), formalizado pela lavratura o auto de infração, proponho o encaminhamento dos autos ao Conselho de Contribuintes, através da Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

As irregularidades fiscais encontram-se assim descritas na peça básica da autuação:

IRPJ - "OMISSÃO DE RECEITAS - RECEITAS NÃO CONTABILIZADAS - No decorrer dos trabalhos de auditoria a fiscalização elaborou um termo de verificação fiscal apresentado às fls. 90/161, em que são apresentados todos os procedimentos da fiscalização, as irregularidades encontradas, as conclusões finais bem assim os períodos/valores lançados neste auto de infração."

**NOTAS FISCAIS PARALELAS CALÇADAS Fls. 162/171
ADIANTAMENTO A FORNECEDORES Fls. 172/195**

Enquadramento legal: Art. 2º da Medida Provisória nº 374/93 e reedições, convalidadas pela Lei nº 8.846/94; Art. 24 da Lei 9.249/95; Arts. 249, inc. II, 251 e parágrafo único, 278, 280, 283 e 288 do RIR/99.

"CUSTOS OU DESPESAS NÃO COMPROVADAS - GLOSA DE CUSTOS

 COMPRAS - ANDRÉA C. REGULA. Fls. 196/198 

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

Fato Gerador	Valor Tributável	Multa
3/98	181.764,00	150%
4/98	277.217,60	"
5/98	81.620,00	"
6/98	109.788,80	"
7/98	52.166,40	"
9/98	131.076,00	"
10/98	444.332,80	"
11/98	281.988,96	"
12/98	339.926,40	"
1/99	438.101,36	"
2/99	789.395,36	"
3/99	684.332,00	"
4/99	173.694,40	"
5/99	351.392,80	"
	4.677.062,50	

COMPRAS - CLAUDIMIRO B. SILVA Fls. 199/201

Fato Gerador	Valor Tributável	Multa
6/99	277.446,40	150%
7/99	249.639,20	"
8/99	391.805,80	"
9/99	145.226,35	"
10-99	201.646,20	"
11/99	250.756,00	"
12/99	316.413,40	"."

Enquadramento legal: Arts. 195, inc. I, 197 e parágrafo único, e 243, do RIR/94; Art. 249, inc. I, 251 e parágrafo único, e 300, do RIR/99.

DECORRENTES:

PIS - Enquadramento Legal: Leis Complementares nº 07/70 e 17/73; Leis nº 9.249/95, 9.715/98 e 9.718/98.

COFINS - Enquadramento Legal: Lei Complementar nº70/91; Lei 9.249/95 e 9.718/98.

C.S.L.L. - Enquadramento Legal: Lei 7.689/88, 9.249/95, 9.316/96 e 9430/96.

DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS:

VI.1

1. resposta a intimação fiscal, e photocópias livro razão (fls. 251).
2. photocópia N. Fiscais (numeração seguida) emitidas por Claudimiro Borges da Silva fls. 280/342.



Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

3. fotocópia da Apreensão de documentos efetuado pela Fazenda Estado de São Paulo fls. 480 - (Doc. apreendida fls. 481/499 - 502/513).

VI.2

4. representação Fiscal fls. 514.
5. quebra Sigilo Bancário Ramil Importação fls. 516/520.
6. representação fiscal - CPI Títulos Públicos - Contas C.5 fl. 521.
7. decisão Inquérito Policial Foz do Iguaçu/Pr fls. 531/537.
8. Ofício 3.268/99 (DCOIE) - Dep. Polícia federal - Termos Intimação, quebra Sigilo Bancário, outros fls. 538/749.

VI.3/4/5

9. termos intimações e resposta com terceiros fls. 750/1.501.

VI.6

10. informações de terceiros - faturas, cópias de cheques fls. 1507/1560.
11. fotocópia dos livros Registro de Entradas e Saídas fls. 1.511/1754.

VI.7

12. fotocópia livro registro de saídas fls. 1.757/1.832.
13. fotocópias declaração de IRPJ fls. 1.883/2.006.

VI.8 a 12

14. fotocópias declaração IRPJ fls. 2009/2148 fotocópias declarações IRPJ.
15. Relação adiantamento a fornecedores extraída do livro razão contendo (nºs. dos cheques; nome do favorecido (quebra sigilo bancário); valores; nº da agência e nº das contas correntes favorecidas, doc. de fls. 2149/2188
16. fotocópia dos microfilmes dos cheques emitidos pela autuada e lançado na conta adiantamento de fornecedores fls. 2189 a 3.299.

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

GLOSA DE CUSTOS -Fls. 104 - Conclusão Fiscal -

1 - Do trabalho realizado, e, principalmente; considerando as diligências realizadas; considerando os termos das declarações prestadas e as informações prestadas pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda/SP a fiscalização formou sólida convicção de que:

"As duas empresas, ANDRÉIA CRISTINA DE SOUZA REGULA, e CLAUDIMIRO BORGES DA SILVA SÃO JOÃO DA BOA VISTA foram criadas 'ficticiamente' por três pessoas da família 'Regula', o pai Osmar Regula juntamente com os filhos Carlos César Regula e Andréia

of 5

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

Cristina de Souza Regula, com o objetivo único e exclusivo de 'vender' Notas inidôneas para a empresa sob fiscalização.

A fiscalização entende que não é uma simples coincidência o fato de o Sr. Luís Omar Regula ser o contador responsável pela empresa sob ação fiscal e os filhos residentes na cidade de Ribeirão Preto/SP e em São João da Boa Vista/SP"

2 - Consta ainda que a empresa Cláudimo Borges da Silva São João da Boa Vista apresentou Declaração retificadora (em 27/10/2000) ano calendário de 1.999 (tendo como responsável pelo preenchimento o Sr. Carlos Regula) informando as seguintes receitas:

1º trimestre	Zero
2º trimestre	30.295,00
3º trimestre	101.253,00
4º trimestre	Zero
Total das notas	R\$ 2.527.936,25

3 - Consta também que a empresa Andréia de Souza Regula apresentou declaração via internet (em 16/10/2000) uma declaração de inatividade, informando que foi constituída em 01/01/1999.

4 - Intimado a autuada para comprovar os efetivos pagamentos para as referidas empresas, esta informou que se processaram a boca do cofre.

DOS CHEQUES PARA AS CONTAS CC5 E DA CONTA ADIANTAMENTO PARA FORNECEDORES.

1 - A Fiscalização foi informada através de representações fiscais recebidas (fls. 514/661) bem como da quebra do sigilo bancário da autuada obtido judicialmente (fls. 460/461) de inúmeros depósitos bancários realizados pelo sujeito passivo para titulares de contas correntes CC5 que tiveram o sigilo bancário quebrado por decisão judicial (fls. 514/661) a pedido da Polícia Federal após abertura de inquéritos policiais - IPL.

2 - LANÇAMENTOS EFETUADOS NA CONTA ADIANTAMENTO A FORNECEDORES

- o lançamento saída conta banco para fornecedores (débito de adiantamento a fornecedores / crédito banco);
- retorno devolução de fornecedores (debito conta banco / crédito de adiantamento à fornecedores)

P
f

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

- observa a autoridade fiscal que os lançamentos na conta fornecedores estão corretos, entretanto em momento algum informa os beneficiários pelas saídas nem a origem pelas entradas.

3 - CONCLUSÃO FISCAL - Toda saída de numerários desta conta em que a contribuinte efetuou os lançamentos como sendo ADIANTAMENTO A FORNECEDORES (sem identificar um único sequer) NO TOTAL DE R\$ 21.258.470,15 (*DEMONSTRATIVOS DE FLS. 2.149 A 2.187*) a fiscalização conseguiu identificar os destinatários de 89% ou seja, R\$ 18.862.454,21, e comprovou-se que em nenhum caso tratou-se de "adiantamento a fornecedores"

- R\$ 8.220.238,84 tratou-se de depósitos em contas correntes de terceiros, nas cidades de Ponta Porão e de Foz do Iguaçu e a quase totalidade desse valor comprovadamente foi de remessa ilegal para o exterior com utilização das contas CC5 de Laranjas "testa de Ferro", entende que tal prática pode configurar crime contra a ordem tributária, bem como o Sistema Financeiro Nacional.
- Outra parte de R\$ 2.231.432,00 tratou-se de remessas de numerários para empresas de câmbio e Turismo - de acordo com as intimações efetuadas e respostas destas empresas seriam para pacotes turísticos, passagens aéreas, hotéis etc. (entende a autoridade fiscal que grande parte deste dinheiro pode ter sido para aquisição de dólar norte americano).
- Outra parte significativa de saídas de recursos tratou-se, segundo as respostas das intimações de pagamentos de serviços prestados à autuada - que foram apresentados os respectivos contratos de serviços, porém não foram apresentados a fiscalização nenhuma nota fiscal, recibo ou qualquer outro documento que comprova-se as argumentações apresentadas.
- Que toda entrada de numerário registrada como devolução de "adiantamento a fornecedores", e que a fiscalização pode identificar os referidos depósitos (no total de R\$ 7.548.846,10), comprovou-se que em nenhum caso tratou-se de devolução de adiantamento de fornecedores, e, que todas as operações sem exceção, conforme fls. 874/1.560, ocorreram pagamentos referentes a compras de produtos da SMAR.

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

DO LANÇAMENTO

- **Empresas Inidôneas**
Com relação as empresas inidôneas, a autuada utilizou-se fraudulentamente de notas fiscais de compras "FRIAS", de um total de R\$ 4.477.062,50 referente a empresa Andréia Cristina de Souza Regula e de R\$ 2.527.936,25 da empresa Cláudimiro Borges da Silva São João da Boa Vista.
- **Contas CC5 - Conta "Adiantamento para Fornecedores"**
 - a) Todos os numerários que saíram da conta Adiantamento para fornecedores que a empresa lançou como adiantamento a fornecedores serão considerados "pagamentos sem causa" ou "Pagamentos a beneficiários não identificados" e estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda Exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, de acordo com o artigo 674 RIR/3000/99. [implicará em lavratura de um Auto de Infração em separado referente ao IRRF.]
 - b) Todos os numerários que entraram na conta Adiantamento para fornecedores, em que a empresa lançou como devolução de adiantamento p/fornecedores, serão considerados "omissão de receitas".

As folhas 3361/3382 impugnação oferecida pelo autuado abordando:

Preliminarmente

- a decadência sobre o período de janeiro a dezembro de 1.996 conforme preceituam o art. 146, III "b" da CF/88, e art. 150, § 4º do CTN. (Obs. Auto de infração cientificado em 17-12-2001 - fatos objeto de autuação anos calendários de 1.996, 1.997, 1998 e 1999);

Mérito

- discorda do procedimento adotado, referindo-se ao art. 24 da Lei nº 9.249/95;
- confirma que a empresa é submetida ao regime de lucro real, consequentemente obrigada a manter escrituração comercial (contábil);
- que não se pode admitir que a fiscalização desconsidere totalmente a sistemática para aferição da base de cálculo do imposto, ou seja, há de considerar-se também, no mínimo as despesas dedutíveis;
- coloca-se a Receita Federal em casos extremos como é o do arbitramento de lucro, estabelece que a base de cálculo deverá ser apurada mediante

a aplicação de um dos percentuais estabelecidos no artigo 16 da Lei nº 9.249/95 acrescida de 20%, porque nos casos de apuração de resultado pelo lucro real se toma para base de cálculo todo o montante "omitido";

- assim, se a impugnante, no caso, tivesse deixado totalmente à margem de escrituração todas as receitas auferidas estaria sujeita a regra do art. 16 da Lei nº 9.249/95, consequentemente a interpretação dada ao art. 24 da mesma Lei não se mostra razoável perante o ordenamento jurídico vigente;
- por outro lado alega que o Auditor fiscal não utilizou qualquer regra jurídica para mensurar o lucro contido na omissão de receita, como deveria ser à vista das normas contidas no art. 10, III e IV do Dec. 70.235/72;
- assevera que a própria empresa vendedora declarou expressamente que houve a operação, portanto se ela não procedeu à escrituração corretamente ou se emitia as denominadas "notas frias", não cabe a impugnante, na condição de adquirente, ser responsabilizada por esse fato. Não se pode perder de vista o benefício de ordem, pelo qual antes de atingir terceiros, busca-se o prejuízo junto aos representantes legais da empresa - cita o art. 135 do CTN, transcrevendo jurisprudência: AC. 103-19.281/98 - DOU 04/05/98 e CSRF/01-1.466/92 - DOU 19/01/95;
- PIS - base de cálculo sexto mês anterior;
- COFINS - (i) alega que A BASE DE CÁLCULO APURADAS PELO FISCO correspondem a outras receitas da impugnante que não se enquadram nos moldes da Lei Complementar 70/91; (ii) entende que deve ser excluído da dívida o valor correspondente a majoração de alíquotas de 2% para 3%, aplicada sobre os valores apurados a partir de fevereiro de 1.999, com fulcro na Lei nº 9.718/98, bem como os valores que não guardem correspondência com a venda de mercadorias e ou prestação de serviços; (iii) Sustenta que as empresas não estão obrigadas ao pagamento da COFINS com base na receita bruta que auferem conforme definição dada pelo art. 3º da Lei 9.718/98, sob pena de se estar violando o art. 195, § 4º, c/c art. 154 I da CF/88;
- condena a aplicação da MULTA de 150% - de caráter confiscatório - por ferir o art. 150, inciso IV da CF/88 - transcreve doutrina de juristas pátrios;
- argüi a ilegalidade dos JUROS DE MORA cobrados com base na TAXA SELIC.

O Decidido pelo Colegiado da 5ª Turma de Julgamento da DRJ/RPO - Acórdão nº 991 esta assim Ementada:

"DECADÊNCIA - O direito da Fazenda Pública rever o lançamento por homologação, em que se constate dolo, fraude ou simulação, se extingue no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO. É COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA, EM CARATÉ PRIVATIVO, AO Poder Judiciário pela Constituição Federal (CF), manifestar-se sobre a constitucionalidade

R

d

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

das leis, cabendo a esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

IRPJ. Ano-calendário: 1996, 1997, 1998 e 1999.

GLOSA DE CUSTOS. NOTA INIDÔNEA. Os documentos pervertidos com falsidade ideológica das notas "frias" são inaproveitáveis na justificativa da dedução de custos.

OMISSÃO DE RECEITA. NOTAS PARALELAS E CALÇADAS. São tributáveis a título de receita omitida, os valores correspondentes à vendas efetuadas à margem da contabilidade, mediante emissão de notas "paralelas" e "calçadas".

PIS/Pasep. Período de apuração 31-01-1996 a 31-12-1999.
DECORRÊNCIA. OMISSÃO DE RECEITA. Sendo julgado procedente o lançamento que exigiu o IRPJ sobre a omissão de receita, igual tratamento deve ser dispensado ao lançamento do PIS, tendo em vista o princípio de causa e efeito.

BASE DE CÁLCULO FATURAMENTO. SEMESTRALIDADE. A base de cálculo do PIS é o faturamento do próprio mês de ocorrência do fato gerador, vencendo a obrigação na data estipulada na legislação de regência.

CSLL. DECORRÊNCIA. Julgado procedente o lançamento do IRPJ com base em omissão de receita e dedução indevida de custos, igual tratamento é dispensável ao lançamento da CSLL, tendo em vista o princípio de causa e efeito.

COFINS. DECORRÊNCIA. Julgado procedente o lançamento do IRPJ relativo à omissão de receita, igual tratamento cabe dispensar ao lançamento da Cofins, tendo em vista o princípio da causa e efeito.

ALÍQUOTA. A Lei Complementar nº 70 de 1.991 que instituiu a contribuição não necessita de outra lei complementar para alterar a alíquota aplicável. Sobre a base de cálculo aplica-se a alíquota prevista na legislação de regência.

CONSECTÁRIOS DO LANÇAMENTO. MULTA QUALIFICADA. Estando presentes os atos caracterizados de fraude, dolo e simulação, torna-se aplicável a multa qualificada de 150%.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a penalidade nos moldes da legislação instituída.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A prescrição Constitucional que limita os juros de mora é norma de eficácia contida e dependente de legislação complementar. A exigência os juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal."

Lançamento procedente.

FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Os fundamentos do Decidido pelo colegiado da DRJ/POR, as

conclusões relevantes são lidas ao plenário.

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

APELO DA RECORRENTE (fls. 3.460/3.475) – SÍNTESE:

Preliminar

- contesta o não acolhimento pelo Colegiado de primeira instância da argüição da preliminar de decadência, uma vez que entende que a alegação de que houve fraude, dolo ou simulação é mera presunção fiscal, consequentemente deve ser aplicado o artigo 150, § 4º do CTN.

Mérito

- Sustenta que não ficou comprovada a omissão de receitas apontada pela autoridade fiscal (fundamenta seu entendimento no artigo 9.249/95 art. 24; fazendo remissão ao art. 247 e 248 do RIR/99), qual seja o valor das receitas menos o valor das despesas.
- Ainda, que a autoridade fiscal está confundindo lucro bruto com receita, vez que a base de cálculo utilizada é o valor da receita.
- Finaliza: "*a Recorrente admite a omissão de receita, apenas para efeito de argumentação, posto que a própria empresa vendedora declarou de forma expressa a veracidade da operação, não havendo, portanto ocorrido a simulação e consequente omissão de receita presumida pela fiscalização*".
- PIS - fundamenta: (i) que a base de calculo é sexto mês anterior para recolhimento, (ii) que os valores apurados pelo fisco não são decorrentes de vendas de mercadorias ou de prestações de serviços realizados pela autuada; (iii) finaliza pedindo seja excluído da base de cálculo o valor diverso de venda de mercadorias ou prestação de serviços a partir de fevereiro de 1.999, com base na Lei nº 9.718/98; (iv) contesta a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base receita bruta).
- COFINS - (i) Que deve ser excluído da dívida o valor correspondente a majoração de alíquotas de 2% para 3%, aplicada sobre os valores apurados a partir de fevereiro de 1.999, com fulcro na Lei nº 9.718/98, bem como os valores que não guardem correspondência com a venda de mercadorias e ou prestação de serviços; ii) Serem ilegais as alterações advindas com a Lei nº 9.718/98.
- condena a aplicação da MULTA de 150% - por ter o caráter de confisco - e ferir o art. 150, inciso IV da CF/88.
- argüi a ilegalidade dos JUROS DE MORA cobrados com base na TAXA SELIC.



É o relatório.



Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

V O T O

Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS – Relator.

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade, dele conheço.

Do relato, se conclui que os ilícitos oferecidos a apreciação dos membros deste Colegiado tratam das seguintes matérias:

- (i) prática de "**OMISSÃO DE RECEITAS**" configuradas por:
 - a) *utilização de notas fiscais paralelas calçadas (demonstrativo de fls. 162/171);*
 - b) *depósitos bancários a título de devolução de adiantamento de fornecedores, cuja origem não foi demonstrada nem comprovada pela autuada que efetivamente se tratavam de adiantamento a fornecedores (demonstrativo de fls. 171/195).*
- (ii) *glosa de "CUSTOS NÃO COMPROVADOS" ante a falta de comprovação do efetivo pagamento e ou aquisição das mercadorias descritas nos documentos fiscais (demonstrativos de fls. 196/201).*

Inicialmente há de se apreciar a preliminar argüida pela recorrente de sua não concordância com o Decidido pela 5ª Turma da DRJ/POR sobre a decadência, vez que a alegação de que **houve fraude, dolo ou simulação** é mera presunção fiscal.

O RIR/99 em seu Art. 957 determina:

"Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44):

I -

II - de cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

P

d

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

O evidente intuito de fraude é definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A definição de fraude se encontra, especificamente, no art. 72, cujo teor é o seguinte:

"Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir seu pagamento".

Exige-se, portanto, que haja o propósito deliberado de modificar a característica essencial do fato gerador do imposto, quer pela alteração do valor da matéria tributável, quer pela exclusão ou modificação das características essenciais do fato gerador, com a finalidade de se reduzir o imposto devido ou evitar ou diferir seu pagamento.

Quando a lei se reporta ao evidente intuito de fraude é óbvio que a palavra intuito não está em lugar de pensamento, pois ninguém conseguirá penetrar no pensamento de seu semelhante.

A palavra intuito, pelo contrário, supõe a intenção manifestada externamente, já que pelas ações se pode chegar ao pensamento de alguém.

Há certas ações que, por si só, já denotam ter o seu autor pretendido proceder desta ou daquela forma para alcançar tal ou qual finalidade.

Intuito é, pois, sinônimo de intenção, isto é, aquilo que se deseja, aquilo que se tem em vista, ao agir.

No caso em julgamento, a ação que levou o fisco a afirmar ter à empresa agido com a intenção de lesar o fisco foi a prática comprovada de: (i) a utilização notas fiscais paralelas, (ii) majoração de custos não comprovados e (iii)

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

lançamentos contábeis no sentido de mascarar a prática constante e simulada atos que não se revestiam dos alegados "Adiantamento à fornecedores".

Destas observações não há como acolher o pleito do contribuinte, vez que a 5ª Turma do Colegiado da DRJ/RBO esgotou por completo a questão quando afirmou que nos casos de fraude, aplica-se o Art. 150, § 4º *in fine* do CTN.

Assim, neste caso, demonstrado o intuito de dolo, fraude ou simulação o prazo é de cinco anos contados, não do fato gerador, mas do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Ou seja aplica-se, nesta hipótese, o artigo 173, I do CTN.

Dos fatos e motivos acima expostos, rejeito a preliminar argüida.

Nas questões de mérito repete as mesmas alegações postas na fase impugnatória.

Sobre a Omissão de Receitas, fundamenta seu entendimento no artigo 24 da Lei nº 9.249/95, art.s 247 e 248 do RIR/99, no sentido que a base de cálculo das receitas omitidas deveria ser: **a diferença entre o valor das receitas omitidas menos o valor dos custos e despesas.**

Referida argumentação vem desprovida de fundamento legal e amparo material pelos motivos que se seguem: (i) as despesas e custos já haviam sido por ele contribuinte deduzidas mediante escrituração em seus registros contábeis, (ii) a prática de notas fiscais calçadas ou paralelas resulta em diferença do lucro tributável idêntico ao total da receita omitida; (iii) bem fundamentado o voto da relatora da 5ª Turma da DRJ/POR quando asseverou "*a situação fiscal da empresa não se enquadra dentre as hipóteses de arbitramento previstas no RIR/94*".

Acrescente-se ainda que a autuada não enfrentou a materialidade dos ilícitos apontados e comprovados pela autoridade fiscal, apenas procurou

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

contornar seus efeitos mediante alegações infundadas e desprovidas de qualquer suporte legal.

Da glosa de custos, inicialmente registre-se que a contribuinte foi intimada a comprovar a efetividade das operações referente às notas fiscais fornecidas pelas empresas consideradas inexistentes "Andréia Cristina de Souza Regula" e "Claudimiro Borges da Silva São João da Boa Vista". (demonstrativo de fls. 196/201).

Bem asseverou a Relatora da Decisão recorrida que as referidas empresas foram consideradas inexistentes de fato a vista de diligências realizadas pelo fisco que coletou declarações e informação junto a Secretaria da Fazenda de Estado de São Paulo.

Ainda é de se registrar que autuada não comprovou à efetiva realização das supostas operações, muito menos, o efetivo pagamento das mesmas, pois ao responder a intimação fiscal, teve por bem de informar que referidos pagamentos foram realizados a boca de caixa, consequentemente escorreito o Decidido pelo Colegiado da DRJ/RPO.

Da alegação que a fraude foi presumida, não há se entender que houve presunção, pois das conclusões e provas carreadas aos autos pelo autor do feito, entendo estar comprovada e demonstrada a mencionada acusação, ante os fundamentos já explicitados em preliminar, motivos estes pelos quais entendo devem ser mantidas as exigências sobre a **omissão de receitas e glosa de custos.**

A questão do exame de constitucionalidade ou ilegalidade (*no presente caso a argüição referente à majoração da alíquota da COFINS - Lei nº 9.718/98*) pelos órgãos julgadores administrativos é ainda tormentosa. Aqueles que defendem a competência plena estão sempre escudados no fato de a decisão administrativa ser passível de revisão pelo poder judiciário. Entretanto não faria sentido o próprio órgão julgador, ou o representante jurídico desse órgão, recorrer ao poder judiciário quando a decisão favorecesse o contribuinte.

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

Sábia a recomendação do Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – Procurador da Fazenda Nacional – em artigo de sua lavra, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência de maio/2000 sob o título: O Exame da Constitucionalidade no Processo Administrativo Fiscal:

"Em relação aos órgãos julgadores administrativos (...) estou que, embora a legislação infraconstitucional acerca do processo administrativo fiscal e da competência dos órgãos administrativos decididores não tenha deixado essa matéria explicitada, como o Estatuto Político de 1988 assegurou aos litigantes e aos acusados em geral, também no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, só posso entender que ao administrado foi garantido o direito de arguir a constitucionalidade da lei ou do ato normativo que serviu de supedâneo do lançamento ou da autuação, tendo sido dada, consequentemente aos órgãos julgadores administrativos a competência para aplicar a Lei constitucional e deixar de aplicar o diploma legal, no caso concreto, por considerá-lo constitucional.
(...)

Contudo, ainda na esfera federal, penso que esses órgãos julgadores devem observar a máxima ponderação em suas decisões, evitando considerar constitucional norma ainda não examinada pelo Supremo Tribunal Federal, devendo adotar os precedentes de nossa Corte Constitucional, e, quando existente, as interpretações jurídicas da Advocacia Geral da União, devidamente aprovadas pelo Presidente da República."

Concluindo, e reforçando o entendimento acima esposado, temos presente a Portaria nº 103/2.002.

Na questão sobre os juros moratórios, o parágrafo 1º do art. 161 do CTN estabelece que os juros serão calculados à taxa de 1%, se outra não for fixada em lei.

Assim, a partir de 1º de abril de 1.995, os juros de mora passaram a refletir a variação da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC - conforme artigo 13 da Lei nº 9.065/95.

No que diz respeito o caráter de confisco da penalidade agravada, como já manifestado em sede de preliminar, tenho que ficou comprovado o intuído de fraude, consequentemente correta a aplicação da multa agravada.

Processo nº : 10840.003497/2001-79
Acórdão nº : 107-06.783

Da exigência decorrente, referente ao PIS, em parte deve ser atendido o pleito do contribuinte, no sentido de se considerar insubstancial os valores dos meses de janeiro e fevereiro de 1.996, cujo recolhimento (pagamento) exige o fisco seja efetuado no mês seguinte ao do fato gerador.

Tal entendimento tem como suporte a I.N. Nº 06/ DOU 21-01-2000:

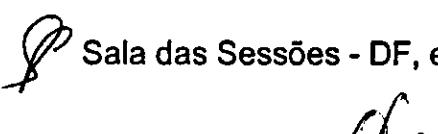
"Art. 1º - Fica vedada a constituição de crédito tributário referente a contribuição para o PIS/PASEP, baseado nas alterações introduzidas pela Medida Provisória 1.212, de 1.995, no período compreendido entre 1º de outubro de 1.995 e 29 de fevereiro de 1.996, inclusive.

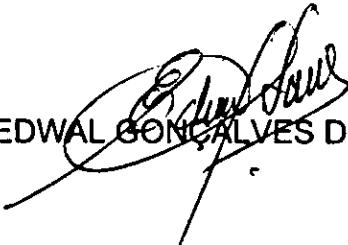
Parágrafo único. Aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1.995 e 29 de fevereiro de 1.996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1.970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1.970."

DECORRENTES - "PIS" mês de Março de 1.996 em diante - "COFINS" - "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LIQUIDO" - dado a íntima relação de causa e efeito, e por apresentarem o mesmo suporte fático da exigência principal IRPJ, devem lograr idênticas decisões.

Nesta ordem de juízos, dou parcial provimento ao recurso voluntário no sentido de: (i) **considerar insubstancial a exigência do PIS referente aos fatos geradores dos meses de janeiro e fevereiro de 1.996;** (ii) **manter as demais exigências como postas na exordial inaugadora do procedimento administrativo-fiscal, e mantidas pelo Colegiado da 5ª Turma da DRJ/RPO.**

É como voto.

 Sala das Sessões - DF, em 18 de setembro de 2002.

 EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS