

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PROCESSO NR.10880/003.263/90-87
ACORDAO NR. 108-00.074

Sessão de: 12 de abril de 1993
Recurso nº: 103.667 - IRPJ - EXs: DE 1985 a 1988
Recorrente: PANIFICADORA RAINHA DE GUAIANAZES LTDA.
Recorrida : DRF em SAO PAULO - SP
YSS.

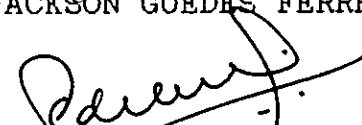
IRPJ - OMISSAO DE RECEITA - PROVA EMPRESTADA DO
FISCO ESTADUAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - É nula a
autuação feita com base em auto de infração lavra-
do pelo Fisco estadual se não vier acompanhada de
provas bastantes da infração cometida, de modo a
permitir um correto julgamento. O que se admite é
o empréstimo da prova, não o do auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de
recurso interposto por PANIFICADORA RAINHA DE GUAIANAZES LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conse-
lho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher a preliminar
levantada pela autuada de nulidade do lançamento, nos termos do rela-
tório e voto, que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões em 12 de abril de 1993.


JACKSON GUEDES FERREIRA - PRESIDENTE


ADEMIR MARTINS SILVA - RELATOR.

VISTO EM MANOEL FELIPE REGO BRANDAO PROCURADOR DA FAZENDA
SESSAO DE: 25 AGO. 1995 NACIONAL

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PROCESSO NR.10880/003.263/90-87
ACORDAO NR. 108-00.074

2.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JOSE CARLOS PASSUELLO, PAULO IRVIN DE CARVALHO VIANNA, EDSON VIANNA DE BRITO, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR, RENATA GONCALVES PANTOJA E LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

Processo nº 10880/003.263/90-87

RECURSO Nº: 103.667

ACORDÃO Nº: 108-00.074

RECORRENTE: Panificadora Rainha de Guaianazes Ltda.

R E L A T Ó R I O

PANIFICADORA RAINHA DE GUAIANAZES LTDA., já qualificada nos autos, recorre a este Egrégio Conselho de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo, Capital, da qual tomou ciência em 30 de junho de 1992.

Conforme registra o termo de fls.37, em 19 de dezembro de 1989, exigiu-se da contribuinte a apresentação, no prazo de cinco dias, de:

"a) cópia do Auto de Infração nº 057770 série M, lavrado em 29.02.88 pelo Fisco Estadual, conforme consta do livro Mod.6;

"b) cópia da guia de recolhimento relativa ao auto de que trata o item anterior;

"c) cópia das declarações de rendimentos IRPJ relativas aos períodos-base que constam do auto de infração mencionado no item (a), bem como cópia dos respectivos recibos de entrega".

Referida intimação só se efetivou, entretanto, em 28 do mesmo mes (cf.AR de fls.38).

As fls.39 e 40 estão as requisitadas cópias do auto de infração e do correspondente demonstrativo do débito fiscal. Nada consta em relação à data em que foram elas entregues aos agentes do Fisco.

O termo de fls.41, datado de 16 de janeiro de 1990, assim descreve a exigência fiscal:

"...foi constatada a omissão de receitas nos anos-base de 1984, 1985, 1986 e 1987, conforme Auto de Infração série M nº 057770 lavrado em 29.02.88 pelo Fisco Estadual, cuja cópia faz parte integrante do presente termo.

"As receitas apuradas e omitidas foram as seguintes:

<u>Exercício</u>	<u>Ano-base</u>	<u>Valor das Operações</u>
1985	1984	Cz\$ 6 989,68
1986	1985	Cz\$ 20 648,79
1987	1986	Cz\$ 129 456,55
1988	1987	Cz\$ 565 283,69."

Na impugnação, a contribuinte levanta questão preliminar de nulidade do auto de infração. Nesse sentido, argumenta que referido libelo se limita a acusá-la de haver omitido receita, reportando-se a auto de infração lavrado pelo

Acórdão nº 108-00.074

Fisco estadual. Ocorre que o auto estadual *"também nada demonstra e/ou comprova com precisão"*, assevera.

Argumenta ainda que, ocultando elementos essenciais à formalização de exigência tributária, o auto de infração inviabilizou sua defesa. Com isso, feriu o artigo 59, inciso IV, da Constituição Federal, sendo nulo de pleno direito.

Depois de fazer um paralelo entre esse ato administrativo e a denúncia no campo criminal, invoca escrito de Pontes de Miranda, específico sobre a matéria e que conclui pela nulidade em casos que tais.

Quanto ao mérito, as razões apresentadas são as que procuro reproduzir nas linhas que seguem:

a) o auto de infração lavrado pelo Fisco estadual, em que se funda a exigência aqui discutida, também está eivado de vícios e será oportunamente questionado junto ao Poder Judiciário;

b) também ele não demonstrou como foi apurada a pretensa receita omitida;

c) dessa forma, não pode dele se servir a Receita Federal para alegar a mesma "omissão";

d) em ambas as autuações, *"os fiscais, ao seu mero prazer, presumiram um valor aleatório, oriundo de total subjetivismo ..."*;

e) não consideraram, em seu levantamento, a farinha que se perde no processo de produção, os pães que se queimam, os que não são comercializados, os que são fornecidos gratuitamente aos funcionários etc.;

f) sobre a ilegal apuração de créditos tributários com base em presunção, já tem se pronunciado o Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes (transcreve as ementas dos Acórdãos nºs 101-76.067 e 101-75.460);

g) ademais, *"não pode o Fisco Federal, com base, simplesmente, em informações do Fisco Estadual, proceder a lavratura de auto de infração"*;

h) nesse sentido, *"é firme a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes"* (transcreve, a seguir, a ementa do Acórdão nº 103-04.526/82);

i) a correção monetária durante o ano-base de 1986 -- exercício de 1987 -- com base no Decreto-lei nº 2.323/87, é indevida, visto que o artigo 18 desse diploma legal, que tratava do assunto, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

j) o auto de infração combatido viola também o artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois faz referência às Leis nºs 7.730/89, 7.738/89 e 7.799/89, sendo certo que o último fato gerador deu-se em 1º de janeiro de 1988;

k) *"outra ilegalidade que se verifica é que no 'termo de verificação e de encerramento parcial de ação fiscal', consta que as receitas apuradas referem-se aos exercícios de 1985 a 1988, ao passo que nos demonstrativos dos débitos levantados, consta que os valores apurados dizem respeito aos fatos geradores ocorridos até o mês 06/89"*;

l) com a desindexação da economia pela Lei nº 7.730, a contribuinte adquiriu o direito de pagar o seu imposto de renda em cruzados, mediante a conversão pela OTN de NCz\$ 6,17;

m) esse direito adquirido não pode ser prejudicado pelo artigo 15 da Lei nº 7.738/89, resultando daí que a correção monetária do imposto referente ao período-base de 1988 não pode ser exigida.

A seguir, a impugnante apresenta razões dirigidas aos processos decorrentes, as quais serão apreciadas no julgamento dos respectivos recursos.

Veio, então, a r.decisão de primeiro grau. Ela indeferiu a impugnação e julgou procedente a ação fiscal. Nas linhas que seguem, tentarei resumir os argumentos que a sustentam:

a) a impugnante foi autuada pelo Fisco estadual, tendo-se apurado que ela *"deixou de recolher ICM no montante de Cz\$ 123 006,90 nos exercícios de 1983, 1984, 1985, 1986 e 1987, devidamente demonstrado no próprio Auto de Infração"*;

b) o fato de a impugnante não juntar ao presente processo cópia da impugnação ao lançamento estadual leva a crer que tenha aceito os critérios adotados por aquela Fiscalização;

c) referido auto estadual *"decorreu de levantamento efetuado junto a contabilidade do contribuinte, conforme Demonstrativo do Débito Fiscal às fls.40"*;

d) *"as declarações contidas em procedimentos do Fisco Estadual e descritas no Livro de Registro de Ocorrências, por encerrarem afirmações imanadas de agentes do Poder Público, fazem fé pública, presumindo-as verdadeiras se aos autos não comparecem provas em sentido oposto"* (Ac.1º CC 102-23.548/88 - DO 04.05.89)";

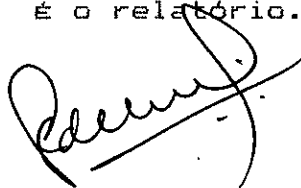
e) o Demonstrativo do Débito Fiscal(estadual) de fls.40 *"descaracteriza a omissão de dados que pudesse acarretar no cerceamento do direito de defesa"*;

f) é desnecessária a realização de perícias e diligências nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72;

g) a impugnante infringiu os artigos 157, § 1º, 179, 181, 387, inc.II, e 676, inc.III, todos do RIR/80.

No apelo, a recorrente reedita as razões trazidas com a impugnação, tanto em preliminar quanto no mérito.

É o relatório.



V O I O

Conselheiro ADELMO MARTINS SILVA, relator:

O recurso é tempestivo, preenchendo também os demais requisitos de admissibilidade. Por isso, dele tomo conhecimento.

Me parece indiscutível que o procedimento *sub judice* assenta-se, todo ele, em auto de infração lavrado pelo Fisco do Estado de São Paulo.

Vale a pena destacar trecho do "Termo de verificação e de encerramento parcial da ação fiscal" de fls.41, assim redigido:

"...foi constatada a omissão de receitas nos anos base de 1984, 1985, 1986 e 1987, conforme Auto de Infração série M nº 057770 lavrado em 29.02.88 pelo Fisco Estadual, cuja cópia faz parte integrante do presente termo."

Detalhe: a omissão de receitas foi assim constatada,

"...no curso de ação fiscal iniciada em 13.11.89, em cumprimento do Programa 1031-PAFIC,...".

Programa 1031-PAFIC é um programa de fiscalização que foi elaborado para apurar o chamado "passivo fictício".

Voltando à questão central, qualquer pessoa que ler o trecho acima transcrito, haverá de esperar que o auto estadual demonstre as receitas omitidas e, igualmente, como teria sido constatada a omissão.

A realidade, entretanto, não condiz com a lógica do raciocínio. Com efeito, o processo noticiava a existência de apenas três documentos de origem estadual, os quais foram juntados por cópia às fls.36, 39 e 40. São eles: uma página do livro REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E TERMOS DE OCORRENCIAS, o Auto de Infração e Imposição de Multa e o Demonstrativo do Débito Fiscal. Nenhum deles, porém, chega sequer a fazer referência a omissão de receita.

Peço vênica para exibir aos Eminentíssimos Conselheiros os referidos documentos. (Exibo)

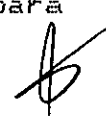
Como se pode constatar, o auto estadual diz tão somente que a recorrente deixou de recolher o ICM no valor de Cz\$ 123.006,90 e que esse valor foi apurado por meio de levantamento fiscal.

Não direi que, ao afirmar que foi constatada omissão de receita conforme auto estadual, o auto de infração sob julgamento falta com a verdade. Direi apenas que ele falta com a verdade processual.

Vejamos, agora, o que diz a respeito a decisão recorrida.

Ela vai bem além. Diz ela que o auto estadual decorre de *"levantamento efetuado junto à contabilidade do contribuinte, conforme Demonstrativo do Débito Fiscal às fls.40"*.

Novamente peço vênica aos Eminentíssimos Conselheiros para



Acórdão nº 108-00.074

lhes mostrar o referido demonstrativo. (Exibo)

Como vêem Vossas Excelências, esse documento nem chega a tratar da base de cálculo do ICM dito não recolhido.

Lamentavelmente, a digna autoridade *a quo* não apenas falta com a verdade processual. Acrescenta, como visto, um *plus* à presunção original de omissão de receita. O do "levantamento efetuado junto à contabilidade do contribuinte".

Não tenho preconceito contra a prova emprestada, seja do Fisco estadual ou de qualquer outra entidade. A busca e o oferecimento de provas há de ser livre para ambas as partes. Assim como livre há de ser o convencimento de qualquer autoridade a quem a lei atribua o sublime ato de julgar.

Longe de mim, contudo, qualquer cogitação relacionada com a infalibilidade das declarações firmadas pelos agentes do Fisco estadual.

A ementa do Acórdão nº 102-23.548/88, transcrita no decisório de primeiro grau, *data venia*, me parece um pouco exagerada. A rigor, ela coloca as declarações desses servidores públicos -- importantes e abnegados, justiça seja feita -- acima das presunções legais *juris tantum*. Nestas, com efeito, é necessário provar um fato, o fato conhecido. Porque sobre ele se assenta o raciocínio adotado pelo legislador para chegar ao fato desconhecido. Já as declarações dos fiscais estaduais, segundo a ementa, dispensam até a prova do fato conhecido.

Felizmente -- não só para os contribuintes, mas para o Direito e para a Justiça -- a jurisprudência hoje predominante neste Conselho repele a tal infalibilidade.

Vejamos:

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - Não pode prosperar a presunção de omissão de receitas baseada, unicamente, em prova emprestada do Fisco estadual que não é conclusiva quanto a saídas de mercadorias não escrituradas"(Ac.103-04.526/82; no mesmo sentido, Ac.101-79.417/89 e Ac.101-79.641/90 e 105-3.654/89, que exigem prova também de saldos credores de caixa, de pagamentos não contabilizados e de "passivo fictício").

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - Não pode prosperar a presunção de omissão de registro de receitas baseada, unicamente, em prova emprestada pelo Fisco estadual, quando a última instância administrativa do Estado dá provimento ao recurso da empresa contra a imposição que lhe fora feita naquela área"(Ac.101-78.147/88; no mesmo sentido, Ac.101-78.429/89, que exige prova de o contribuinte haver se conformado com as irregularidades apontadas, e Ac.101-79.415/89 e 101-78.779/89, que afastam a presunção mesmo no caso de o contribuinte haver o ICM exigido).

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - A autuação com base em Termo de Ocorrência lavrado pelo Fisco Estadual deve conter as provas suficientes da in-

fração cometida, que permitam um correto julgamento. Toma-se emprestada a prova e não apenas o Termo de Ocorrência do Fisco Estadual" (Ac. 102-24.491/89; no mesmo sentido, Ac. 103-10.556/90, 103-9.096/89, 102-24.422/89, 105-5.229/91, 105-5.743/91, 105-5.877/91 e 101-78.779/89).

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - Imprescindibilidade de serem apresentados junto com o Auto os levantamentos em que se assentou a Fazenda do Estado, esclarecendo-se, assim, os fatos ensejadores da exigência e possibilitando-se o pleno exercício do direito de defesa. Recurso provido" (Ac. 101-80.182/90; no mesmo sentido, Ac. 102-25.605/90).

É indispensável salientar que a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, como era de se esperar, já marcou sua posição sobre a matéria:

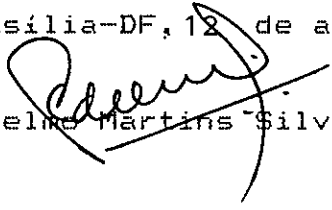
"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - A simples constatação de mercadoria inventariadas pelo fisco estadual não autoriza, de per si, presumir omissão de receita tributável pelo contribuinte, tanto mais se nada há que evidencie o ingresso de tais diferenças nos seus cofres, no de seus sócios ou administradores" (Ac. CSRF/01-857/88).

"APURAÇÃO DO FISCO ESTADUAL - A não comprovação da realização de despesas pelo contribuinte afasta a caracterização de omissão de registro contábil. A prova emprestada do fisco estadual, por si, não justifica a exigência na área federal, se não for corroborada por elementos que conduzam ao convencimento da ocorrência da omissão do registro das despesas" (Ac. CSRF/01-755/87).

Esta amostragem da jurisprudência dominante neste Colegiado foi suficiente para me convencer de que o lançamento ora apreciado é mesmo imprestável.

Por estas razões, voto no sentido de que se acolha a preliminar argüida pela recorrente, declarando-se nulo o auto de infração e, em consequência, todo o procedimento.

Brasília-DF, 12 de abril de 1993


Adelino Martins Silva - Relator