

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10945.003898/94-05
Recurso : 113.764
Matéria : IRPJ e OUTROS - EX.: 1994
Recorrente : GORDO SOM COMÉRCIO DE ALARMES PARA VEÍCULOS LTDA.
Recorrida : DRJ-FOZ DO IGUAÇU/PR
Sessão de : 24 DE SETEMBRO DE 1998
Acórdão : 105-12.566

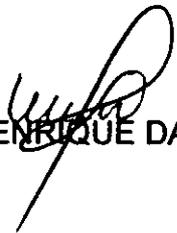
IRPJ E OUTROS – EX. 1994 - A multa prevista no Art. 3º da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, não pode ser aplicada presuntivamente, através de prova indireta, sendo essencial a perfeita tipificação da hipótese prevista em lei, o que requer a prova direta de saída da mercadoria ou da prestação do serviço, sem emissão da nota fiscal ou documento equivalente.

IRPJ e outros – O disposto no art. 43 e respectivos parágrafos e art. 44, da Lei nº 8.541/92, de 23/12/92 só se aplica, no exercício de 1994, quando o contribuinte apura o resultado com base no lucro real. Se a opção do contribuinte foi com base no lucro presumido, as omissões constatadas devem seguir as regras desta forma de apuração de base de cálculo dos tributos. As regras da MP 492, de 05.05.94, convertida na Lei nº 9.064, de 20.06.95, só valem para os resultados apurados a partir de 1º de janeiro de 1995, em respeito ao princípio da anterioridade.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por GORDO SOM COMÉRCIO DE ALARMES PARA VEÍCULOS LTDA.

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


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA
PRESIDENTE



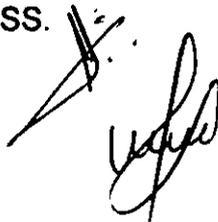
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05
ACÓRDÃO Nº: 105-12.566**


**IVO DE LIMA BARBOZA
RELATOR**

FORMALIZADO EM: 18 NOV 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSÉ CARLOS PASSUELLO, CHARLES PEREIRA NUNES, VICTOR WOLSZCZAK, ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado) e AFONSO CELSO MATTOS LOURENÇO. Ausente o Conselheiro NILTON PÊSS.



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05

ACÓRDÃO Nº: 105-12.566

RECURSO Nº : 113.764

RECORRENTE: GORDO SOM COMÉRCIO DE ALARMES PARA VEÍCULOS LTDA.

RELATÓRIO

Alega o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, que, em "BLITZ" realizada no dia 17 de novembro de 1994, constatou na recorrente, prestação de serviços e venda de mercadorias sem a emissão de notas fiscais.

Essa conclusão foi extraída por meio de confronto entre as notas fiscais emitidas no período de 01 de setembro de 1994 à 17 de novembro de 1994, com movimento de caixa obtido por meio de listagem extraída do microcomputador da recorrente, autenticado pelo sócio gerente às fls. 07 à 04. Pelo que se depreende a Denúncia Fiscal se baseia no confronto das vendas constantes do microcomputador com emissão de notas fiscais emitidas.

Ao defender-se, a contribuinte, alega que o administrador só está autorizado a fazer ou deixar de fazer o que for previsto em lei, mercê do princípio constitucional da legalidade que informa toda a atividade administrativa.

Contesta a multa de 300% (trezentos por cento), prevista no art. 3º da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, por entendê-la confiscatória.

Entende que a forma de tributação do Auto de Infração deveria ser pelo lucro presumido, tanto do IRPJ e CSL, porque na declaração anual optara por essa forma simplificada de tributação, conforme Declaração de Rendimentos exercício 1994, ano-base de 1993.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05
ACÓRDÃO Nº: 105-12.566**

A delegacia da Receita Federal de Julgamento em Foz do Iguaçu – PR, deu pela procedência parcial do exigência fiscal, nos seguintes termos:

“Imposto de renda pessoa jurídica, infrações e penalidades e contribuições sociais.

EMENTA: A venda de mercadorias e/ou serviços sem a emissão da nota fiscal ou documento equivalente é infração punível com multa de 300% sobre o valor efetivo da operação, sem prejuízo das contribuições e impostos cabíveis sobre a receita omitida (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.846/94).

A empresa com opção de tributação pelo lucro presumido, sofre, sobre a receita omitida, tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25%.

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto de renda na fonte no dia da omissão ou da redução indevida (art. 523, párr. 3º do RIR/95 e art. 3º da Medida Provisória 977/95).

Contribuições para o PIS/PASEP

De acordo com a Medida Provisória nº 1.490-12, de 09/08/96, artigo 17, inciso VIII, os créditos tributários relativos à contribuição para o PIS, constituídos na forma prevista nos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, serão canceladas na parcela que exceder o previsto na Lei Complementar nº 7/70 e alterações posteriores.”

O contribuinte interpôs recurso a este Conselho, utilizando os mesmos argumentos da peça impugnatória.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em contra-razões, pede a manutenção do julgamento da autoridade “a quo” pelos seus jurídicos fundamentos.

É o relatório.



4

PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05
ACÓRDÃO Nº: 105-12.566

VOTO

Conselheiro IVO DE LIMA BARBOZA, Relator

O recurso é tempestivo razão pela qual dele tomo conhecimento.

Pela Denúncia Fiscal o fisco diz ter constatado omissão de receita, mediante confronto entre as Nota Fiscais emitidas e a listagem do computador da contribuinte, razão pela qual realizou a seguinte exigência:

Multa 300% sobre o total da omissão.....	202.847,90
Imposto de Renda.....	17.089,84
Imposto de renda retido na fonte.....	17.089,84
Contribuições social.....	6.836,00
Cofins.....	1.364,45
PIS.....	444,32

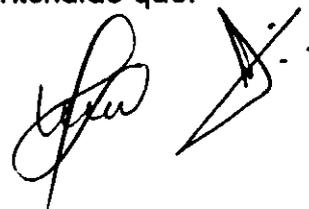
Os valores descritos estão expressos em UFIR's.

O Ilustre Julgador Singular excluiu da Denúncia Fiscal, tão-somente, a parcela correspondente ao PIS tendo em vista a Medida Provisória nº 1.490-12, de 09/08/96, artigo 17, inciso VIII, determinado o cancelamento do valor lançado com suporte nos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

À exceção do PIS, o Ilustre Julgador "a quo" manteve todo o restante da exigência constante do Auto de Infração.

De fato improcede a Denúncia Fiscal pelos seguintes motivos: em primeiro lugar porque o fisco toma como base prova indireta, não tendo constatado a prestação do serviços sem o correspondente documento fiscal. Não flagrou o ato ou a operação do contribuinte sem emissão do documento fiscal correspondente. Neste sentido o 1º Conselho por suas diferentes Câmaras tem entendido que:

HRT



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05
ACÓRDÃO Nº: 105-12.566

"Imposto de Renda-multa-percentual de 300% - Lei nº 8.846/94 - aplicação - critério. Imposto de Renda - Pessoa Jurídica - IRPJ - multa pecuniária. A multa de 300% a que se refere o artigo 3º da Lei nº 8.846/94, não se aplica por presunção, mesmo havendo indício, mas tão-somente quando a ação fiscal se dá de forma imediata ao cometimento da infração, identificando não só o produto da operação, como também o seu adquirente." (Ac. un. da 4ª Câmara do 1º CC nº104-13.942, Relator Conselheiro José Pereira do Nascimento - DOU de 28.11.97, pág. 27.957).

Noutra oportunidade a 7a. Câmara, decidiu o seguinte:

"A multa prevista no art. 3º da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, não pode ser aplicada presuntivamente, através de prova indireta, sendo essencial a perfeita tipificação da hipótese prevista em lei, o que requer a prova direta de saída da mercadoria ou da prestação do serviço, sem emissão da nota fiscal ou documento equivalente." (Processo 13.508/000.023/94-36, Acórdão 107-03.549, sessão de 11.II.96, Relatado pelo Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes).

Do voto do Ilustre Relator, na última decisão acima, colhe-se os seguintes fundamentos que entendo aplicarem-se ao caso em lide:

"O legislador transplantou exigência de documentário fiscal próprio do IPI e do ICMS, para o Imposto de Renda, de modo que não se pode aplicar esse tratamento sem ter em linha de conta a especificidade desse imposto (IR.).

Entendo que a interpretação correta do dispositivo em comento é que a lei, ao utilizar a expressão *momento da efetivação da operação* quis adotar uma terminologia abrangente das hipóteses contidas no art. 20 do Convênio do SINIEF.

Em outras palavras e com maior concreção, a fiscalização somente poderá aplicar a multa de 300% (trezentos por cento), de que trata o art. 3º da Lei nº 8.846, de 21/01/94, quando surpreender o contribuinte infringindo uma das hipóteses de que trata o art. 20 do SINIEF.

O critério adotado na autuação relativa a este processo é

HRT



PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05

ACÓRDÃO Nº: 105-12.566

descabido, porque objetiva por forma indireta, levar à presunção de que o contribuinte deixou de contabilizar receitas, naquele dia ou em qualquer outro, procedimento previsto no art. 6º da mencionada lei.

Trata-se de norma penal tributária para cuja aplicação requeira-se a perfeita caracterização do fato nela previsto.”

E o entendimento acima aplica-se ao presente caso, eis que o fisco não constatou a prestação de serviços no momento da efetiva operação, apenas está tomando como base para lavratura do Auto, informações indiretas, quais sejam listagens do computador.

Em segundo o fisco exige a multa de 300%, com base nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 8.846/94, norma esta revogada pelo artigo 82, inciso I, alínea “m”, da Lei nº 9.532, de 10.12.97, o que se aplica ao presente caso por força do art. 106, II, “c”, da Lei nº 5.172/66 (CTN), que na qualidade de lei complementar é clara no sentido de que a norma retroage quando para beneficiar, nos seguintes termos:

“Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - omissis...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a e b - omissis...

c - quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Referida norma tributária tem como referencial o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940, quando em seu art. 2º, parágrafo único, estabelece que “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (com a redação determinada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984).

HRT

... 7

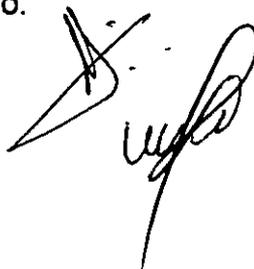


PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05****ACÓRDÃO Nº: 105-12.566**

Para a lei penal a norma nova aplica-se até mesmo quando houver o trânsito em julgado da ação. O Código Tributário Nacional restringe a retroatividade da norma, quando se tratar, como no caso, de ato não definitivamente julgado. Ora, o processo em lide não foi definitivamente julgado, razão pela qual tenho que a revogação da penalidade pela Lei nº 9.532/97 (alínea "m", inciso I, do art. 82 da Lei nº 9.532/97), por ser mais benéfica, aplica-se ao caso "sub-judice", por força do disposto no art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

Por último, quanto à exigência do imposto de renda e decorrentes, tendo o contribuinte optado pelo lucro presumido, este critério deve prevalecer nos casos de omissão de receitas. Como este Colegiado não pode fazer lançamento mas tão-só revisão, é de ser declarado a improcedência das exigências relativas ao imposto de renda da pessoa jurídica e decorrentes, porquanto cabia ao fisco adotar no lançamento o critério escolhido pelo contribuinte.

Não se pode alegar em favor da Fazenda Pública, o disposto nos artigos 43 e 44, da Lei nº 8.541/92, porque estes dispositivos só são aplicáveis às pessoas jurídicas que apuram a base de cálculo do imposto sobre as rendas pelo lucro real. E no caso em lide o sujeito passivo apurara a base econômica do imposto, por permissão legal, pelo lucro presumido.



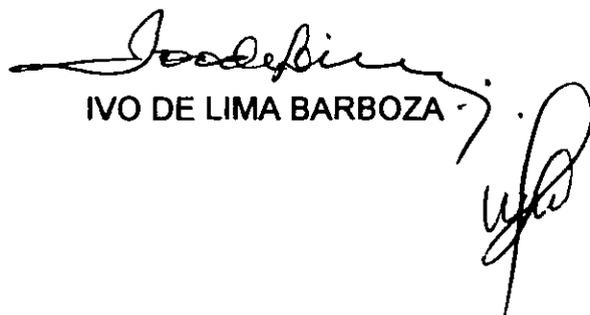
TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

PROCESSO Nº: 10945.003898/94-05
ACÓRDÃO Nº: 105-12.566

Desta forma, dou provimento ao Apelo Voluntário do contribuinte para o fim de reformar a decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões (DF), em 24 de setembro de 1998.


IVO DE LIMA BARBOZA