

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10983.006974/93-99
Recurso nº. : 109.901
Matéria : IRPJ E OUTROS - EXERCÍCIOS DE 1990 A 1992
Recorrente : COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FIOS BRUSQUE LTDA.
Recorrida : DRJ EM FLORIANÓPOLIS - SC
Sessão de : 14 DE OUTUBRO DE 1997
Acórdão nº. : 101-91.460

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL S/ O LUCRO - CSLL
IMPOSTO DE RENDA RETENÇÃO NA FONTE - IRRF
PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS
FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL - FINSOCIAL

PRELIMINAR DE NULIDADE - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO - A glosa de custos amparados em notas fiscais consideradas inidôneas não é passível de tributação por omissão de receita operacional. O Erro na identificação da matéria tributável não acarreta a nulidade do auto de infração, e sim sua improcedência, pois trata-se de questão de mérito. Todavia, o efeito é o mesmo, ou seja, o cancelamento da exigência.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FIOS BRUSQUE LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira 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.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM:

17 OUT 1997

Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.



Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

Recorrente : COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FIOS BRUSQUE LTDA.
Recorrida : DRJ EM FLORIANÓPOLIS - SC

RELATÓRIO

COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FIOS BRUSQUE LTDA., qualificada nos autos, recorre da decisão de primeira instância proferida pelo Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM FLORIANÓPOLIS - SC, que julgou procedente as exigências tributárias consubstanciadas nos autos de infração e seus demonstrativos de fls. 225 (IRPJ), 231 (IR-FONTE), 236 (Contribuição Social), 242 (PIS) e 246 (FINSOCIAL), no valor total equivalente a 5.377.198,06 UFIR, inclusos os consectários legais até dezembro/93.

1 - DA AUTUAÇÃO

A irregularidade apontada pela autoridade fiscal, descrita no Termo de Verificação Fiscal de fls. 216 a 220, refere-se a: OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL, face a não comprovação do efetivo pagamento e recebimento de mercadorias, amparadas por notas fiscais inidôneas (falsidade ideológica), reduzindo indevidamente o lucro líquido dos anos-base de 1989 a 1991, tendo sido efetuada a glosa dos custos dos bens vendidos.

Os valores totais tributados foram: NCz\$ 8.154.089,86 no ano-base de 1989, Cr\$ 136.287.224,02 no ano-base de 1990 e Cr\$ 661.072.007,80, no ano-base de 1991.

As notas fiscais consideradas inidôneas estão anexadas por cópia, ou original, às fls. 256/375. Às fls. 376/542 encontram-se cópia dos livros contábeis e fiscais da empresa contendo a escrituração dos documentos. Às fls. 59/215 foram anexados os documentos que, segundo o fisco, comprovam a inidoneidade ou inexistência das empresas que emitiram as notas fiscais glosadas.

Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

A infração foi enquadrada nos artigos 157, e parágrafo 1º, 158; 182; 183, inciso I; 192 c/c 197 e 387, inciso I, todos do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 85.450/80 (RIR/80).

Sobre os tributos e contribuições exigidos, a Fiscalização aplicou as multas qualificadas de 150% e 300%, com fulcro no artigo 729 do RIR/80 (exercício de 1990 e 1991), e no artigo 4º, inciso II, da Lei 8.218/91 (exercício de 1992), respectivamente.

2 - DA IMPUGNAÇÃO

Tempestivamente, a contribuinte apresentou impugnação de fls. 544/556, acompanhada dos documentos de fls. 557/586, contestando integralmente o feito fiscal. Às fls. 587/637, encontram-se as impugnações aos autos de infração decorrentes, todas de igual teor à primeira.

Em síntese, a contribuinte alegou que:

Preliminares

Primeira preliminar (fl. 552) - excedeu-se no prazo da ação fiscal, sem notificar a Impugnante logo no seu início, demorando um ano para sua conclusão, o que retira toda a seriedade das diligências; foram lavrados dois termos de início de fiscalização (DOCS. de fls.557/559) que implicam em suspeição do procedimento, correndo à revelia da Impugnante, com diligências desconhecidas e simultâneas, que, afinal, podem e devem ser havidas como coação no curso de uma ou outra ação fiscal (sic).



Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

Segunda preliminar (fl. 553) - há capitulação errônea dos fatos, confundindo-se "custos de mercadorias adquiridas" (arts.182 e 183, I do RIR) com "custos de despesas operacionais" (arts.192 c/c 197 do RIR), pelo que não se pode admitir os fatos imputados à Impugnante como "omissão de receita", em decorrência de sua fundamentação fática contraditória;

Terceira preliminar (fl. 553) - a Impugnante desconhece as "causas motivadoras" dos Processos Administrativos Fiscais instaurados contra as firmas BOM FIO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. e as demais empresas referidas no "Termo de Verificação e Constatação dos Fatos" e, ainda, também desconhece seus resultados e a sua eventual incidência contra a impugnante, já que se desconhece suas "publicações" (sic);

Quarta preliminar (fl.553) - Consideramos refutada pelos documentos citados quando de nossos argumentos relativamente a primeira preliminar. A novidade nesta preliminar repousa na afirmação da autuada que "... levando-se em consideração que os "Autos de Infração" não se reportam objetivamente aos "Processos Administrativos Fiscais", instaurados contra as empresas BOM FIO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. e OUTRAS, deve-se admitir e declarar que ocorreu "cerceamento do direito de defesa".

Quinta preliminar (fl. 554) - incide em vício formal e vício material em virtude de apoiar suas verificações e conclusões, em "prova emprestada", decorrente de Notificação Fiscal da Fazenda do Estado de Santa Catarina, cujos lançamentos tributários foram CANCELADOS e ANULADOS pelo Conselho Estadual de Contribuintes de Santa Catarina (DOCS. 4 e 5, fls.561/563) (sic).



No mérito

- os Auditores Fiscais lavraram dois Termos, no espaço de um ano entre ambos e, ainda, um Termo de Verificação e Constatação Fiscal, incompatível com os documentos e livros solicitados, pois restringiram o exame a 1991 e adotaram hipóteses de incidência tributária a fatos ocorridos nos anos de 1989 e 1990, os quais não foram objeto de nenhuma fiscalização, o que macula a ação fiscal de suspeição e implica na sua nulidade, porque a verificação procedida, em face da gravidade dos fatos imputados à Impugnante, não poderia ter sido efetuada pelo "critério da amostragem", sem previsão legal;

- a pretensão de exigência de pagamento de tributos e penalidades em decorrência de "glosa de custos dos produtos vendidos" pela Impugnante, sob a infundada alegação de que a sua aquisição é "simulada", em virtude da hipotética "inidoneidade" das respectivas notas fiscais que apóiam seus lançamentos fiscais e contábeis, é totalmente improcedente, por falta absoluta de previsão legal e, sobretudo, porque o lançamento das notas fiscais questionadas foram escrituradas em livro fiscal e em sua escrituração contábil;

- possui os livros previstos na legislação do IRPJ e do IPI, pelo que não se pode admitir a insinuação de "falsificação, material ou ideológica, da escrituração e seus comprovantes" conforme se está pretendendo, já que a falsidade e a falta de autenticidade das notas fiscais questionadas somente poderá ser determinada por sentença judicial;

- os fatos declarados nas notas fiscais foram lançados nos livros fiscais e comerciais da Impugnante e, por consequência, estão provados pelos Livros de Registro de Inventário e pelo Registro de Compras, pelo que não se pode alegar "falsidade ideológica" das notas fiscais, quando os referidos documentos dispõem dos requisitos preconizados pelo art.242 do RIPI/82 e, por consequência, não se

Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

configuram como hipotéticos "documentos inidôneos", conforme prevê o art.231, também do RIPI/82;

- o recebimento e o pagamento das mercadorias adquiridas está devidamente comprovado pelos documentos expedidos e pelos seus respectivos lançamentos nos livros comerciais e fiscais, pelo que a sua regularidade, ou irregularidade, pode ser determinada pelo simples confronto de "entradas e saídas", tanto de mercadorias quanto de numerário, já que não existe nenhum preceito legal que obrigue o contribuinte a comprovar o modo e a forma da quitação de seus negócios, o que foi respondido à Fazenda através das cartas datadas de 08.09.93 e de 18.10.93 (DOCS. nº 6 e 7, fls.568/569), pelo que não se pode aceitar a tese da fiscalização de que a "Impugnante não comprova o efetivo pagamento e recebimento das mercadorias" e, em face desta situação, se pretenda tipificar este fato como "OMISSÃO DE RECEITAS OPERACIONAIS", sob alegação de incidência em "crime de sonegação fiscal", por presunção de fraude, o que é inadmissível, conforme já decidido pelos tribunais (cita Acórdão do TFR/4º Turma);

- se não se pode admitir a seriedade de qualquer "verificação fiscal por amostragem", com apoio em "prova emprestada" de lançamento estadual, que foi cancelado pelo Conselho de Contribuintes Estadual, conforme ocorreu com as notas fiscais expedidas pela LAFER COM. DE FIOS E ALGODÃO E DIST. DE MALHAS LTDA.; ainda, que não se pode imputar à Impugnante a incidência em "sonegação fiscal", em decorrência de haver adquirido mercadorias da referida firma, que se pretende negar, através de levantamento "a posteriori", o que é inadmissível, conforme decidido pelos Tribunais (cita Acórdão);

- os atos fiscais ora impugnados não podem legitimar a exigência tributária e a imposição de penalidades, porque devem se acondicionar aos preceitos legais da "capacidade jurídica tributária" e da "eficácia e validade", tanto da Portaria nº

Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

187/93, quanto dos Processos Declaratórios de Inidoneidade que nela se apóiam, especialmente com relação ao seu alcance e seu conteúdo (art.99, do CTN); cita também os arts.100 e 103 do CTN;

- especificamente à "inidoneidade dos documentos fiscais" expedidos por LAFER COMÉRCIO DE FIOS DE ALGODÃO E DISTRIBUIDORA DE MALHAS LTDA., além do seu registro na Junta Comercial de Santa Catarina e da informação da CELESC (DOCS. nº 8/9, fls.570/573), que comprovam sua existência de fato e de direito, esclarece que, tanto a Fazenda Nacional quanto a Fazenda Estadual possuem conhecimento das atividades comerciais de seu sócio-gerente CARLOS ALBERTO GHISLANDI, porque cadastraram como "contribuinte idônea" a firma UNIFIOS COM. E REPRES. LTDA., da qual este é o seu representante legal (DOCS. nº 10/11, fls.574/575);

- com relação às mercadorias adquiridas através das notas fiscais expedidas pelas firmas Distribuidora Ávila Com. e Rep. Ltda., Bom Fio Com. e Rep. Ltda. e Frimalhas Comércio e Rep. Ltda., esclarece que atendeu às determinações da Fazenda Estadual, promovendo o estorno dos créditos do ICMS e o pagamento do ICMS reclamado (DOCS. nº 12/16, fls.576/580), regularizando, assim, sua situação tributária quanto ao Estado e quanto à comprovação de seus custos, pelo que as mercadorias adquiridas com suporte nas referidas notas fiscais não podem ser equiparadas à "omissão de receitas", sem nenhuma fundamentação legal;

- os "Laudos Periciais" não integram nenhum processo administrativo ou processo judicial, onde se tenha observado o princípio da ampla defesa do contribuinte, já que o procedimento dos fiscais estaduais, com relação ao objeto dos autos, está servindo de suporte de "Inquérito Policial-Judicial", conforme se faz prova com o "Habeas Corpus" que foi negado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, aos referidos Agentes Fiscais (DOC. nº 17, fls.581/586), pelo que, como "elementos

Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

probatórios", conforme está se pretendendo através do "Termo de Verificação e Constatação Fiscal", são ineficazes por falta de legitimidade legal;

- a responsabilidade decorrente das notas fiscais expedidas pelas firmas mencionadas no item 12 deve ser excluída, conforme provam os documentos que compõem sua "denúncia espontânea" perante a Fazenda do Estado (DOCS. nº 12/16, fls.576/580), porque foram acompanhadas dos pagamentos devidos e, por consequência, como se objetivou a regularização tributária da Impugnante, antes de qualquer procedimento fiscal, em 23/12/91, o procedimento da Impugnante nestas condições deve ser considerado legítimo, uma vez que satisfaz as exigências previstas no art.138 do CTN, não podendo, assim, servir de suporte para exigência de tributos e penalidades;

- igual inconformidade se estende a pretensão do Fisco de exigir tributos e contribuições sobre valores que, comprovadamente, não detinha a Recorrente disponibilidade econômica ou jurídica do respectivo rendimento.

3 - DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A decisão de primeira instância, anexada às fls. 639/661, após enfrentar todas as preliminares, no mérito, julgou procedente a exigência fiscal, assim ementada:

"NULIDADES. PRELIMINARES REJEITADAS

Comprovado que a intimação da exigência foi feita regularmente e que não se apresentam no processo nenhum dos motivos de nulidades apontados no Decreto nº 70.235/72, art.59, descabem as alegações da empresa.

NOTAS FISCAIS. DOCUMENTOS INIDÔNEOS

Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

CUSTOS / DESPESAS OPERACIONAIS. GLOSA

A utilização, na escrituração comercial, de notas fiscais comprovadamente eivadas de falsidade material e ideológica enseja o lançamento do imposto correspondente à glosa dos custos respectivos e justifica a aplicação da penalidade agravada.

EXIGÊNCIAS DECORRENTES

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

PIS / FATURAMENTO

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

FINSOCIAL / FATURAMENTO

Face à vinculação entre o lançamento principal e os decorrentes, não havendo nos autos relativos a estes qualquer matéria específica ou elemento de prova novo, as conclusões extraídas do lançamento do imposto de renda devem prevalecer na apreciação dos lançamentos decorrentes.

LANÇAMENTOS PROCEDENTES"

Em resumo, a decisão recorrida foi assim fundamentada:

Primeira preliminar

Inteiramente equivocada a pretensão da Impugnante ao invocar a nulidade do lançamento face à existência de "dois" Termos de Início de Ação Fiscal.

A cópia, fl.557, do Termo de Início de Ação Fiscal acostado a fl.03, data de 05.04.92, mas, entretanto, a contribuinte tomou ciência do mesmo somente em 05.04.93. O outro Termo a que se refere a Impugnante, com cópia à fl.559, foi lavrado em 03.05.93, cuja ciência deu-se em igual data. De forma que não houve a propalada demora de "um ano" entre ambos os Termos.

Segunda preliminar



Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

Em nenhum momento a fundamentação fática *contraditória* (sic) dificultou ou impediu a recorrente de se defender, pois a acusação contida no Auto repousa sobre descrição exata e indubitável (Termo de Verificação e Constatação Fiscal, fls.216/220, com ciência da autuada) das infrações imputadas. A jurisprudência é pacífica sobre o assunto, como se depreende do Acórdão nº 103-121119, de 25/03/92.

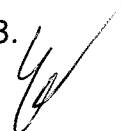
Terceira preliminar

Os processos administrativos a que se refere a impugnante não deram causa ao lançamento de imposto de renda constituído através do Auto de infração de fl.225, pois, conforme ressaltam as autoridades autuantes no Termo supracitado, "a auditoria teve origem no lançamento efetuado pela Coordenadoria de Arrecadação e Fiscalização do Estado de Santa Catarina, pela Notificação Fiscal nº 16413912, de 16/01/92...."

Estes processos nada mais são do que representações fiscais, anexadas às fls.186/215, e, refletem um procedimento isolado a ser observado e cumprido pelos agentes fazendários, fruto do resultado da ação fiscal movida junto à autuada. Oportuno que se transcreva o texto legal regulador da matéria, parcialmente:

Quarta preliminar

As representações fiscais, que a autuada insiste em chamar de "Processos Administrativos Fiscais", não deram origem ao lançamento do imposto de renda e as autoridades autuantes, corretamente, não destacaram em seu Auto de Infração, limitando-se a mencioná-los na descrição dos fatos, fls.226/228.



Quinta preliminar

Se o pagamento da exigência contida na Notificação estadual não basta para caracterizar uma possível omissão de receita na área federal, o cancelamento da mesma não significa dizer que não haveria reflexo na esfera federal.

No mérito

- é perfeitamente válido que o Fisco Federal se utilize de prova emprestada colhida na esfera estadual, verificando se as infrações lá capituladas causaram reflexo na área do imposto de renda;

- claro que, apenas a lavratura de Notificação de Lançamento pelo Fisco Estadual, a falta de impugnação desta Notificação, ou mesmo o pagamento da exigência nela contida, por si só, não basta para caracterizar omissão de receita na área federal;

- é necessário que a autoridade federal examine as peças processuais colhidas junto ao Fisco Estadual e consiga reunir as provas de que a infração então apurada causou danos à Fazenda Pública Federal;

- neste particular, as autoridades autuantes não se limitaram aos fatos consignados na Notificação Estadual e demais documentos, como a seguir iremos demonstrar;

- uma vez que as peças processuais originárias do lançamento estadual não são, por si só, suficientes para o nascimento da obrigação tributária na esfera federal, os autuantes solicitaram à contribuinte, mediante intimação, fls.167/172, datada de 20.08.93, que comprovasse o efetivo pagamento e recebimento

Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

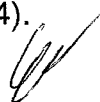
das mercadorias, correspondentes às aquisições efetivadas junto aquelas empresas tidas como inidôneas pelo Fisco Estadual;

- o atendimento a esta Intimação, manifestado através da declaração de fl.173, em 08.09.93, não mereceu acolhida dos autuantes, os quais fizeram nova investida através da INTIMAÇÃO de fls.175/180, datada de 04.10.93, cuja resposta a fl.181 também não convenceu aos agentes fiscais, que acabaram por constituir a exigência fiscal ora impugnada;

- a impugnação apresentada, a mesma não merece acolhida, pois como se demonstrará, a autuada esquivou-se de apresentar provas concretas que pudessem elidir a exigência fiscal constituída, limitando a construção de sua defesa em argumentos fracos, ingênuos e extenuantes (preliminares), não enfrentando o âmago da questão;

- a escrituração das questionadas notas fiscais nos livros competentes não exime a contribuinte da guarda e apresentação de documentação hábil e idônea que lhe serviu de suporte para tais registros, assim como não se pode aceitar sua tese, invocada nos itens 6, 7 e 8, da impugnação, fls.547/548, de que suas transações com estas empresas estão amparadas pelo Código Comercial, que dispõe que operações desta natureza, traduzidas através de notas fiscais, são "contratos comerciais" e, como tais, bastaria, como prova de sua efetividade, o registro nos livros dos comerciantes envolvidos;

- A escrituração dos fatos contábeis deve estar respaldada por documentação hábil, conforme determina a legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, através do art.174 do RIR/80 (art.223, do atual RIR/94).



Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

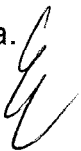
- Restou evidenciado nos autos que as pretensas fornecedoras da contribuinte, ora autuada, COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FIOS BRUSQUE LTDA., não se localizavam no endereço apontado nas notas fiscais apenas ao processo, assim como a inexistência de seu registro no Cadastro Geral de Contribuinte do Ministério da Fazenda, restando com isso a própria inexistência das empresas.

- A ação da autuada teve o propósito deliberado de modificar característica essencial do fato gerador do imposto, pela alteração do valor da matéria tributável, tendo como resultado a redução do montante deste, materializando-se as hipóteses citadas no Termo de Verificação e Constatação Fiscal, fl.220, a título de CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL e CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

- O art.242 do RIPI/82 estabelece que uma nota fiscal deve conter uma série de detalhes, como, nº de ordem, nome, endereço, nº de inscrição no CGC/MF e no fisco estadual, etc. As notas fiscais questionadas, cópias às fls.(VOLUME 02/02), apresentam estes detalhes, apesar das empresas emitentes, conforme provado nos autos, não terem sido localizadas nos endereços constantes nas notas.

- De uma maneira geral, as notas fiscais contém os itens preconizados no artigo supracitado, necessários à identificação da operação mercantil realizada. O que diferencia, basicamente, uma nota fiscal "boa" de uma nota "má" (fria) é a sua forma e o seu conteúdo.

- As peças processuais acostadas aos autos revelam que a autuada utilizou-se de documentos forjados, cujo conteúdo/declaração é falso, estando, portanto, as notas fiscais questionadas contaminadas pela falsidade material e ideológica.



Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

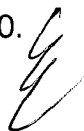
- Revela-se fora de propósito a pretensão da interessada de, a partir de citações jurisprudenciais inaplicáveis ao caso, fl.547 e fl.549, pleitear a ilegitimidade do lançamento fiscal e, conseqüentemente o aproveitamento de custos glosados correspondentes às notas fiscais de empresas forjadas, conforme fartamente comprovado nos autos.

- Os crimes praticados pela atuada contra a Fazenda Nacional, a título de SONEGAÇÃO FISCAL (Lei nº 4.729/65, art.1º, consolidada no RIR/80 em seu art.743) e CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (Lei nº 8.137/, arts.1º e 2º) citados no "Termo de Verificação e Constatação Fiscal", fl.220, estão fartamente comprovados nos autos, resultando daí a representação fiscal pelos autuantes ao Ministério Público Federal, em processo a parte, consoante o disposto no Decreto nº 982, de 12 de novembro de 1993.

- A regularização da situação fiscal da atuada com o fisco estadual não legitima as operações (falsas, como provado) com as empresas citadas no Termo, fls.216, e nem permite a exclusão de sua responsabilidade perante à Fazenda Nacional, pois tratam-se de exigências fiscais distintas.

4 - DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada da decisão de primeira instância em 10/01/95, consoante A.R. de fls. 663, a contribuinte deu ingresso ao recurso voluntário em 09/02/95, anexado às fls. 665/680.



Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

A contribuinte repete na peça recursal os mesmos argumentos elencados na impugnação, tanto as preliminares quanto as razões de mérito.

É o relatório.



Processo nº : 10983.006974/93-99

Acórdão nº : 101-91.460

VOTO

Conselheiro EDISON PEREIRA RODRIGUES - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

Consoante termo de descrição dos fatos, às fls. 226, e termo de verificação fiscal, às fls. 220, a contribuinte recebeu autuação do IRPJ por OMISSÃO DE RECEITAS OPERACIONAL, face a glosa de custos amparados em notas fiscais consideradas inidôneas pela fiscalização.

Compõem também o presente processo, exigências decorrentes da Contribuição Social, Imposto de Renda Retido na Fonte, FINSOCIAL e PIS, todas com a mesma infração da Omissão de receitas.

Na apreciação das "preliminares" suscitadas pela contribuinte, que aliás são exatamente as mesmas constantes da peça impugnatória que inaugurou o contencioso, especificamente na segunda preliminar, deparei-me com o que entendo ser um erro insanável na lavratura dos autos de infração. Trata-se justamente na infração tributada.

Inicialmente vejamos como foi analisada a referida preliminar pela decisão recorrida às fls. 642, a seguir transcrita:

"Segunda preliminar (fl.553)

b - segunda, porque fez capitulação errônea dos fatos, confundindo "custos de mercadorias adquiridas" (arts.182 e 183, I do RIR) com "custos de despesas operacionais" (arts.192 c/c 197 do RIR), pelo que

Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

não se pode admitir os fatos imputados à Impugnante como "omissão de receita", em decorrência de sua fundamentação fática contraditória.

Ora, talvez o art.197 do RIR/80 não precisasse ser incluído no enquadramento legal constante do Auto, fl.228, mas isto não é, absolutamente, motivo para se anular o feito fiscal. Como se verá, em nenhum momento a fundamentação fática *contraditória* (sic) dificultou ou impediu a recorrente de se defender, pois a acusação contida no Auto repousa sobre descrição exata e indubitável (Termo de Verificação e Constatação Fiscal, fls.216/220, com ciência da autuada) das infrações imputadas. A jurisprudência é pacífica sobre o assunto, como se depreende do Acórdão nº 103-121119, de 25/03/92, cuja ementa transcrevemos a seguir:

NULIDADE - O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta nulidade do Auto de Infração quando comprovado, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida e alentada impugnação apresentada pela contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que incorreu preterição do direito de defesa."

Permito-me discordar do entendimento do ilustre julgador de primeira instância.

Na realidade, o Auditor-Fiscal responsável pela lavratura do auto de infração cometeu um erro formal primário, irreparável:

- Tributo como OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL a infração decorrente da utilização de notas fiscais inidôneas contabilizadas como custo.

Ora, inexistente na legislação do Imposto de Renda dispositivo legal que autorize a tributação de glosa de custos na forma de omissão de receitas.

Não se trata de um erro de enquadramento, como definiu o julgador a quo, e sim uma inovação imprópria: uma presunção não prevista em lei.



Processo nº : 10983.006974/93-99
Acórdão nº : 101-91.460

Inaceitável o argumento de que seria um mero equívoco na descrição dos fatos. Está patente nos autos que o Auditor-Fiscal tratou a infração como omissão de receitas. Tanto assim que lavrou autos de infração decorrentes do Programa de Integração Social - PIS e Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, tributos cuja base de cálculo é o Faturamento, ou seja, a receita operacional.

Foi lavrado, ainda, auto de infração reflexo do Imposto de Renda Retido na Fonte com base no artigo 8º do Decreto-lei 2.065/83, que trata justamente de omissão de receitas. Caso a intenção do Auditor-Fiscal fosse efetuar a tributação por "custo ou despesas não comprovados", forma que reputo como correta ao caso, teria lavrado auto de infração do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido - ILL, com base no artigo 35 da Lei 7.713/88, como orientava as instruções da Secretaria da Receita Federal à época da lavratura do auto (Dezembro/93).

Não tenho dúvida que o Auditor-Fiscal desejou tributar a irregularidade imputada à contribuinte na forma de omissão de receitas e que tal procedimento, incorreto e impróprio, acarreta de plano a improcedência dos autos de infração.

Finalmente, cabe esclarecer que o Erro na identificação da matéria tributável não acarreta a nulidade do auto de infração, e sim sua improcedência, pois trata-se de questão de mérito. Todavia, o efeito é o mesmo, ou seja, o cancelamento da exigência.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário acolhendo a preliminar de fundamentação fática contraditória com a infração autuada.

Brasília - DF, em 14 de outubro de 1997


EDISON PEREIRA RODRIGUES