



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 13335.000025/9616
Recurso n.º : 116.255
Matéria: : IRPJ E OUTROS - EXS: DE 1992 a 1994
Recorrente : NABY SALEM & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE.
Sessão de : 07 de maio de 1998
Acórdão n.º : 101-92.077

AÇÃO FISCALIZATÓRIA - Não caracteriza coação o fato de o Termo de Início de Fiscalização que solicita apresentação de livros e documentos mencionar o artigo da lei que caracteriza como crime a omissão ou falsidade na prestação de informações .

NULIDADE - Não configuradas as alegadas subtração de informações à fiscalizada e imprecisão na descrição dos fatos e enquadramento legal, improcede a arguição de cerceamento de defesa, a reclamar nulidade.

ESPONTANEIDADE - COMPENSAÇÃO - Não havendo qualquer pedido de parcelamento espontâneo relacionado aos débitos apurados pela ação fiscal de que se trata, improcedem as invocações de espontaneidade e compensação .

SEGUNDO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO - AUTORIZAÇÃO - Não obriga à solicitação de autorização de que trata o art. 642 do RIR/80 o fato de o contribuinte ter sido submetido a Cobrança Administrativa Domiciliar (CAD), que não constitui procedimento de fiscalização, mas auditoria de arrecadação.

INCENTIVO FISCAL - ABRANGÊNCIA - OMISSÃO DE RECEITAS - As receitas omitidas em determinado período-base da escrituração comercial e, posteriormente, ocasionadoras de lançamento de ofício ou suplementar não podem ser aceitas para efeito de recomposição da base de cálculo do lucro isento (total ou parcialmente).

DIFERENÇA IPC/BTNF- Não cabe à fiscalização , em procedimento de ofício levado a efeito em 1994, efetuar qualquer retificação a fim de considerar a diferença IPC/BTNF, eis que o Decreto-lei 8.200/91 atribuiu ao contribuinte proceder ao acerto em sua escrituração a partir do ano calendário de 1993.

OMISSÃO DE RECEITAS - IMPUTAÇÃO DE CUSTOS - Os custos, para serem deduzidos, têm que estar escriturados e comprovados mediante documentação hábil, não cabendo cogitar de custos não escriturados, correspondentes às receitas omitidas.

PIS-DL 2445/88 E 2449/88- Não prevalece o lançamento com base nos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - A omissão de receitas apurada provoca alteração da base de cálculo da contribuição, com infração ao artigo 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NABY SALEM & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso, para excluir da tributação o PIS, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 20 JUL 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, RAUL PIMENTEL e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA.

Lads/

Processo n.º : 13335.000025/96-16

3

Acórdão n.º : 101-92.077

RECURSO NR. : 116.255

RECORRENTE : NABY SALEM & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa NABY SALEM & CIA LTDA foram lavrados os autos de infração de fls 02, 12, 20, 234, 294 e 353, referentes, respectivamente, a Imposto de Renda-Pessoa Jurídica, Imposto de Renda Retido na Fonte, Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS, Contribuição para o Fundo de Investimento Social -FINSOCIAL e Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS. O crédito tributário total, representado por imposto/contribuição, juros de mora e multa por lançamento de ofício, equivale a 13.737.431,80 UFIR, assim discriminado :

IRPJ	6.330.899,53 UFIR
CSL	1.630.404,35 UFIR
IRRF	4.544.971,62 UFIR
PIS	313.553,63 UFIR
FINSOCIAL	328.640,81 UFIR
COFINS	588.961,86 UFIR

A infração apurada pela fiscalização consistiu em omissão de receita operacional caracterizada pela constatação de subfaturamento de vendas, mediante emissão de "notas fiscais calçadas". Por entender a fiscalização ter restado caracterizado o evidente intuito de fraude, foi aplicada a multa agravada.

A empresa apresentou impugnação tempestiva, cujas alegações se encontram assim sintetizadas na decisão singular :

"I) preliminarmente :

a) a ação fiscal desenvolveu-se sob a forma de coação, além de não observar a forma prescrita em lei, cerceando o direito de defesa;



Lads/

b) os autos de infração não observaram o artigo 1º da Lei nº 8.748/93, que prevê que sejam instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito; além do mais, a empresa não recebeu quaisquer cópias das diligências, de modo a explicá-las adequadamente, contrariando, tal omissão, exigência contida no artigo 196 do CTN;

c) houve imprecisão na descrição dos fatos, bem como na identificação da disposição legal infringida e penalidade aplicável; além de fixação de dispositivos legais inaplicáveis aos fatos, os mapas demonstrativos não vinculam a documentação aos valores lançados;

d) os Termos de Apreensão de Documentos Fiscais não indicam quais os documentos apreendidos e muito menos se foram devolvidos, sendo que este fato importa na possibilidade de ter havido subtração de provas que a autuada teria em seu favor, impedindo isso o exercício pleno da defesa;

e) antes de iniciada a ação fiscal a autuada já havia, espontaneamente, pedido o parcelamento da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL e, posteriormente, em 28/01/94, outro parcelamento, referente ao PIS, FINSOCIAL, COFINS e IRPJ, foi solicitado e *"muitos deles já aprovados pela Secretaria da Receita Federal..."*, sendo que os autos de infração não levaram em consideração a espontaneidade, nem compensaram os valores já parcelados;

f) a fiscalização em causa, abrangendo os anos-base de 1990 a 1993, não levou em consideração a Ação Fiscal sobre todos os tributos, realizada entre 06/12/93 e 18/01/94, deixando de atender a exigência contida no art. 642, § 2º, do RIR/80.

II) no mérito :

a) a empresa é isenta do Imposto de Renda Pessoa Jurídica sobre o Lucro da Exploração e Adicionais, na forma da Resolução 590, de 15/10/62 da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste -SUDENE, art. 19 da Lei nº 3.692/59, e alterações posteriores;



Lads/

b) não foi compensado o prejuízo apurado no ano-base de 1990, sendo que, com relação aos prejuízos compensados pela Fiscalização, a correção monetária dos mesmos *“não levou em consideração a mudança de critério legal para a atualização do BTN Fiscal, que entre 31/12/89 e 31/12/90 ficou muito inferior àquela que se apuraria caso fossem aplicadas no mesmo período as variações do IPC, como determinou a Lei nº 7.777/89, resultando em índice diferencial de 921,22% entre o critério estabelecido pela legislação vigente a partir de 31/12/89 e o instituído pela Lei nº 8.088/90, que instituiu a Correção Monetária do BTN Fiscal pela variação do IRVF-Índice de Reajuste de Valores Fiscais”*;

d) na apuração do valor tributável a fiscalização deveria ter levado em consideração os custos envolvidos na produção de óleo refinado, produzido pela autuada, conforme demonstrado;

e) no que diz respeito ao Imposto de Renda na Fonte, trata-se de elemento reflexo, que estaria implicitamente resolvido com a improcedência do Auto de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica;

f) sobre a Contribuição Social, pede a nulidade do Auto de Infração por falta de indicação dos dispositivos legais infringidos, afirmando que a indicação do artigo 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88 *“único identificável, que trata da base de cálculo da contribuição, verifica-se que foi adotada a do faturamento em vez de Resultado do Exercício antes da Provisão para o Imposto de Renda, como determina a lei, que os artigos 38 e 39 da Lei nº 8.541/92 tratam de matéria relativa ao pagamento daquela contribuição”*;

g) relativamente ao PIS, pede, igualmente, a nulidade do Auto de Infração pelo mesmo motivo arguido, além do que propugna ainda pela inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, que deram respaldo à exação, os quais foram declarados inconstitucionais pelo STF;

h) quanto ao FINSOCIAL, pede, novamente, a nulidade do Auto de Infração, pelos mesmos motivos levantados no item anterior, acrescentando ainda que as MP 297 e 298/91 não poderiam estabelecer matéria de natureza penal, somente


Lads/

fixáveis através de lei - no caso, a Lei 8.218/91 - que somente entrou em vigor em 29/08/91, e não incluiu em seus dispositivos a matéria contida nas citadas Medidas Provisórias que, conseqüentemente, perderam a validade;

i) no que diz respeito à COFINS, pede a nulidade do Auto de Infração pelos mesmos motivos arguídos quanto ao FINSOCIAL;

j) no tocante aos juros de mora, alega que o STF, através da ADIN 493/600/DF, repudiou a TR -Taxa Referencial, do artigo 1º da Lei nº 8.177/91, como índice de correção monetária.

Finalmente, requer realização de perícia para apurar a existência do valor efetivamente devido com relação ao PIS, FINSOCIAL, COFINS e IRPJ, a fim de promover a compensação dos valores espontaneamente declarados e com pedidos de parcelamento efetivados.”

O julgador singular, fundamentadamente, indeferiu a perícia e rejeitou as preliminares. No mérito, julgou procedente em parte a exigência apenas para excluir a parcela correspondente ao IRRF relativo a fatos geradores ocorridos antes de 01/01/93, porque fundamentada no art. 8º do Decreto-lei nº 2.065/83, e a parcela do FINSOCIAL naquilo que exceder à aplicação da alíquota de 0,5% , recorrendo, de ofício, a este Conselho.

Inconformada com a decisão, a empresa apresentou o recurso de fls.454 a 479, no qual reedita as razões apresentadas com a impugnação.

Às fls. 1.261/1.263, contra-razões da Procuradoria da Fazenda Nacional.

É o relatório.



VOTO

Conselheira, SANDRA MARIA FARONI, Relatora

Recurso tempestivo. Dele conheço.

Quanto às preliminares :

1- A Recorrente, invocando os artigos 344, 322, e 61 do Código Penal e o artigo 4º da Lei 4.898/65, diz que a ação fiscal se desenvolveu sob **coação fiscal.** , pelo fato de o Termo de Início de Fiscalização (fls 46), ao solicitar a apresentação de livros e documentos, mencionar o artigo da lei que caracteriza como crime a omissão ou falsidade na prestação de informações . Não tem qualquer procedência a arguição da Recorrente. Primeiro, porque o fato não tem nada a ver com os crimes de coação no curso de processo (CP, art. 344), violência arbitrária(CP, art. 322) ou abuso de autoridade (Lei 4.898, art. 4º). Consulte-se Damásio E. de Jesus (Código Penal Anotado) para constatar que a **violência** de que trata o art. 322 do CP *"significa o emprego de força bruta, a vis corporalis, que se materializa em vias de fato, lesão corporal (leve, grave, gravíssima) ou homicídio"*, e que, quanto à **violência ou grave ameaça** do art. 344 do CP *"trata-se de violência física , exercida contra pessoa. Não basta o emprego de ameaça. É necessário que seja grave, isto é, capaz de incutir temor a um homem normal "*. E mais, *"simples advertência não constitui a grave ameaça exigida pelo tipo"* . Depois, porque advertir alguém de que determinado ato configura crime não se caracteriza como coação. Washington de Barros Monteiro, no seu "Curso de Direito Civil", esclarece que *"para que se configure o vício, preciso será que a ameaça seja injusta. Se justa, não existe coação, mas exercício normal de um direito.Identicamente, não assume os contornos do vício a simples ameaça de denúncia à polícia, ou, ainda, oferecimento de queixa-crime. A ameaça de acusação improcedente ou irrelevante não pode abalar a resistência do paciente, se tem a convicção de sua inocência e dos meios para comprová-la. "* Teixeira de Freitas, no seu magistral "Esboço do Código Civil", aclara que *" a intimidação por ameaças não*

Lans/

afetará a validade dos atos, senão quando as injustas ameaças forem tais, em relação à pessoa do agente violentado, sua idade, sexo, disposições físicas e morais, e quaisquer circunstâncias na ocasião do ato, que naturalmente deviam infundir-lhe um temor razoável de expor-se ao mal prometido.” (art. 492). E ressalva : “Não constitui intimidação por injustas ameaças: 1º - A que consistir na ameaça de um mal resultante do legítimo exercício de funções públicas...3º- A que consistir na ameaça de um mal resultante de qualquer ação ou procedimento civil, que se promettesse ou protestasse intentar, ainda que dessa ação ou procedimento se seguisse prisão ou detenção, nos casos em que a lei a autoriza. 4º- A que consistir na ameaça de mal resultante de qualquer ação criminal, ou denúncia, por delito verdadeiro ou suposto.....”(art. 493)

2- Sobre o cumprimento do determinado no artigo 9º do Decreto 70.235/72, compulsando-se os autos verifica-se que todos os termos, documentos e demonstrativos que instruem os autos de infração se encontram no processo, e de cada um deles o contribuinte declara ter recebido cópia. Quanto às diligências realizadas em estabelecimentos de terceiros, é a esses terceiros que a lei obriga a entrega de cópia dos termos lavrados em função do trabalho fiscal. Não tem, a Recorrente, direito de receber cópia dos termos lavrados em relação a outros contribuintes, mas apenas de tomar conhecimento - o que ocorreu - dos resultados das diligências que tenham produzido efeito em relação a ela, para que possa se defender. E o Quadro Demonstrativo nº 1, que faz parte integrante do auto e do qual a Recorrente recebeu cópia, identifica todas as notas fiscais calçadas e os respectivos valores constantes das 1ªs vias e os contabilizados.

3- Não ocorreu, também, imprecisão na descrição dos fatos. Às fls 3, 13, 21, 235, 295 e 354 do processo (página 001 da folha de continuação dos Autos de Infração) consta ter o contribuinte praticado “ omissão de receita operacional, caracterizada por subfaturamento nos documentos fiscais - EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS “CALÇADAS”- onde os dados expressos nas primeiras vias, remetidas aos destinatários, divergem daqueles expressos nas 5ªs vias que serviram de base para os lançamentos nos livros contábeis e fiscais e à conseqüente apuração dos valores declarados pelo contribuinte”. Descrição mais precisa não é possível. Os dispositivos


Lads/

legais infringidos, por sua vez, estão expressamente indicados em cada auto de infração e dizem respeito, exatamente, ao fato que caracterizou a infração .

4- Os documentos apreendidos estão indicados por sua série e número no Termo de Apreensão de Documentos Fiscais de fls 45 . Às fls 201 consta termo de devolução, no qual ficou consignada a devolução provisória, a pedido do contribuinte, dos documentos apreendidos emitidos no período de dezembro de 92 a dezembro de 93, esclarecido, ainda, que continuavam apreendidos os relativos aos períodos-base de 1990 e 1991 e janeiro a novembro de 1992. Às fls 206 e 207 solicitação de entrega das notas fiscais devolvidas provisoriamente, às fls 208 Termo de Retenção de Documentos (notas fiscais devolvidas provisoriamente e outros documentos nele identificados) e às fls 209, Termo de Encerramento da Ação Fiscal com identificação dos documentos devolvidos. Portanto, a alegação de que os Termos lavrados não indicam os documentos apreendidos e muito menos se foram devolvidos não corresponde à realidade.

5- Invoca a Recorrente os benefícios da espontaneidade, alegando ter solicitado parcelamento antes do início da ação fiscal, e, ainda, que os autos de infração do PIS, FINSOCIAL, COFINS e IRPJ não levaram tal fato em consideração e nem compensaram os valores espontaneamente recolhidos. Os Pedidos de Parcelamento, cujas cópias encontram-se às fls 213 a 217, além de não terem sido deferidos, dizem respeito a débitos de receitas declaradas, estranhos, pois, aos referentes à presente ação fiscal, oriundos de receitas omitidas apurados em procedimento de ofício. E quanto às parcelas da presente exigência relativas ao FINSOCIAL, ao PIS e à COFINS, e que não se referem a omissão de receita correspondente às notas fiscais calçadas , também elas não foram objeto de pedido de parcelamento, conforme consta dos extratos anexos às fls 426 a 431 do processo, onde restou demonstrado que os únicos parcelamentos concedidos à empresa se referem a lançamentos de ofício de IRPJ e IRRF. Não havendo, assim, qualquer pedido de parcelamento espontâneo relacionado aos débitos apurados pela ação fiscal de que se trata, improcedem as invocações de espontaneidade e compensação .



6- Finalmente, argüi a Recorrente nulidade do auto de infração por ausência da autorização do art. 642 do RIR/80. Ocorre que referido artigo trata da realização de um segundo procedimento de fiscalização em relação a um mesmo exercício, o que não ocorreu no presente caso, em que o contribuinte foi submetido a dois procedimentos distintos. O primeiro, referente ao Cobrança Administrativa Domiciliar, que não constitui procedimento de fiscalização, mas verificação do inadimplemento de obrigações declaradas e negociação da forma de quitação apenas com acréscimos moratórios (auditoria de arrecadação). Já o procedimento de fiscalização a que se refere o art. 642 destina-se à apuração da exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados pelo contribuinte, podendo dar origem a exigência de ofício, com a respectiva penalidade punitiva.

Quanto aos argumentos levantados pela recorrente sob o título "DO DIREITO" (itens 43 e seguintes do Recurso"), tem-se que :

I- No que se refere ao IRPJ :

I.1-Invoca a Recorrente incentivo fiscal de que é titular . Todavia, a jurisprudência deste Conselho é farta no sentido de que não são computadas, para efeito do incentivo fiscal, as receitas desviadas da contabilidade, que sejam apuradas mediante procedimento de ofício. Nesse sentido os Acórdãos 101-74.063/83, 101-77.955/89, 101-84.618/93, 101-84.350/92, 105-3.558/89, 105-2.981/88 e 105-5.800/91). O Parecer Normativo CST 11/81 esclarece que "as receitas omitidas em determinado período-base da escrituração comercial e, posteriormente, ocasionadoras de lançamento de ofício ou suplementar não podem ser aceitas para efeito de recomposição da base de cálculo do lucro isento (total ou parcialmente), porque não foram computadas oportunamente no lucro líquido do exercício."

I.2-Diz a Recorrente não ter sido compensado o prejuízo apurado no ano-base de 1990, porém às fls 39/41 dos autos (item 2 do Termo de Verificação Fiscal) está claramente demonstrado que tal compensação foi efetuada.

I.3 -No que se refere à diferença IPC/BTNF para fins de correção monetária relativa ao ano de 1990, não caberia à fiscalização , em procedimento de


Latis/

ofício levado a efeito em 1994, efetuar qualquer retificação a fim de considerá-la, eis que o Decreto-lei 8.200/91 atribuiu ao contribuinte proceder ao acerto em sua escrituração a partir do ano calendário de 1993.

I.4-Não cabe, por outro lado, imputar custos às receitas omitidas. Os custos, para serem deduzidos, têm, antes de mais nada, que estar escriturados e comprovados mediante documentação hábil. Não se pode, pois, cogitar de custos não escriturados, correspondentes às receitas não escrituradas.

Mantém-se, portanto, integralmente a exigência

II- No que se refere aos lançamentos decorrentes :

II.1- Quanto ao IRF, a Recorrente não traz qualquer razão específica, dizendo apenas que, por se tratar de elemento reflexo, estaria o litígio resolvido automaticamente pela improcedência do auto de infração do IRPJ . Aplicam-se, pois, inteiramente, as razões de decidir do litígio quanto ao IRPJ, mantendo-se a exigência.

II.2- No que se refere à Contribuição Social, improcede a arguição de nulidade do Auto de Infração por falta de indicação dos dispositivos legais infringidos. A acusação é de omissão de receitas, que provoca alteração da base de cálculo da contribuição, e o dispositivo indicado como infringido é o artigo 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88, exatamente o que trata de base de cálculo. Ao trazer para a base de cálculo as receitas omitidas, a fiscalização recompõe o resultado do exercício, não procedendo, também, a alegação de que foi adotada base de cálculo diferente da determinada pela lei.

II.3- Quanto ao PIS, não agiu com acerto a autoridade recorrida. As alterações produzidas pelos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88 não consistiram, apenas, na redução da alíquota e inclusão das receitas financeiras e variações monetárias ativas na base de cálculo da contribuição. A base de cálculo, que de acordo com a Lei Complementar 07/70 era o faturamento de seis meses atrás, passou a ser, com o Decreto-lei 2.445/88, a receita operacional bruta do mês anterior. Conseqüentemente, ainda que se considere, como fez a decisão recorrida, que a base de cálculo do

Lads

Processo n.º : 13335.000025/96-16
Acórdão n.º : 101-92.077

12

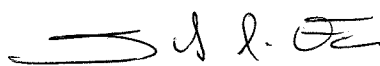
lançamento de ofício da contribuição não compreendeu qualquer parcela de receitas financeiras ou de variações monetárias ativas, ainda assim o lançamento não pode prevalecer, eis que ao tomar como base as receitas omitidas do mês anterior (e não de seis meses atrás), na pior das hipóteses, provocou distorção no cálculo dos juros de mora. Assim, conforme tem entendido esta Primeira Câmara, o lançamento com base nos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, não pode prevalecer.

II.4- No que se refere às contribuições para o Finsocial e para o COFINS, tanto as contribuições exigidas quanto as penalidades aplicadas estão regularmente fundamentadas em lei e, no que se refere ao Finsocial, as alterações de alíquotas, julgadas inconstitucionais pelo STF, foram afastadas de ofício pelo julgador singular.

III- Quanto à TRD, é entendimento pacificado neste Conselho que dua cobrança, a título de juros de mora, só é possível a partir do mês de agosto de 1991, inclusive. Esse entendimento, aliás, já é acatado pela Secretaria da Receita Federal que, através da Instrução Normativa 32, de 09/04/97, determinou que "seja subtraído, no período compreendido entre 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991, a aplicação do disposto no art. 30 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, resultante da conversão da Medida Provisória nº 298, de 29 de julho de 1991. Observo, porém, que embora a Recorrente tenha invocado seu afastamento, não ocorreu, no caso, a aplicação da TRD para cálculo dos juros de mora

Tendo em vista o exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a exigência relativa ao PIS.

Brasília (DF), em 07 de maio de 1998


SANDRA MARIA FARONI

Lads/

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial n.º 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em 20 JUL 1998


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em

20 JUL 1998


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Lads/