



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 13603.001103/94-58
Recurso n.º : 116.219
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1990 a 1992
Recorrente : DISTRIBUIDORA PALESTINA LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte – MG.
Sessão de : 13 de outubro de 1998
Acórdão n.º : 101-92.339

IRPJ - ARBITRAMENTO DE LUCRO - ESCRITURAÇÃO FISCAL INADEQUADA – Diante do disposto no artigo 25 da ADTC, da CF/88, sem lei específica, que só surgiu com a de n. 8991/95, resultado da MP 812/94, inviável era lançar com coeficiente agravado, bem como a eleição de outra base que não a receita conhecida.

IR FONTE - EXIGÊNCIA REFLEXA – Afastada a tributação lançada no Auto de Infração principal (IRPJ), por uma relação de causa e efeito, cancela-se também a exigência reflexa do IR Fonte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DISTRIBUIDORA PALESTINA LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Edison Pereira Rodrigues, Kazuki Shiobara e Sandra Maria Faroni, que davam provimento parcial para excluir da tributação o ano calendário de 1993, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

Lads/

Processo n.º : 13603.001103/94-58
Acórdão n.º : 101-92.339

2

FORMALIZADO EM: 16 NOV 1998

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, RAUL PIMENTEL e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

RECURSO Nº 116.219
RECORRENTE: DISTRIBUIDORA PALESTINA LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foram lavrados os seguintes Autos de Infração, por meio dos quais são exigidas as importâncias citadas:

- IRPJ (fls. 02/68) - 412.608,62 UFIR, mais os acréscimos legais;
- IR Fonte (fls. 69/79) - 226.501,41 UFIR, mais os acréscimos legais.

De acordo com Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 36/37, foram arbitrados os lucros dos períodos-base de 1990/93 em face de a empresa, estando autorizada a optar pela tributação com base no lucro presumido, ter deixado de cumprir as obrigações acessórias relativas à sua determinação. Exigiu-se, também, o IR Fonte relativo aos períodos-base de 1992 e 1993.

O Termo de Verificação Fiscal informa que os autuantes pretenderam, inicialmente, arbitrar o lucro com base em levantamento das quantidades revendidas do produto Vodca Banhaus, que, produzidos pela Indústria de Bebidas Marangon Ltda., eram de distribuição exclusiva da atuada.

Por meio do Termo de Intimação de fl. 82, foi solicitado à empresa a apresentação das notas fiscais de entrada e de saída de todos os produtos por ela revendidos nos anos de 1989 a 1993, bem como de relação dos preços praticados mensalmente, no mesmo período, na revenda do produto Vodca Banhaus.

Em resposta (doc. de fl. 84), a autuada comunicou que as notas fiscais solicitadas estavam retidas pelo Fisco Estadual, conforme termos anexos (fls. 85/86). Todavia, conforme documento de fl. 87, diligências efetuadas pela fiscalização junto à Secretaria de Fazenda Estadual revelaram que estavam retidas por aquela repartição, além das já disponíveis, apenas algumas notas fiscais de série "B" do período de dezembro/91 a abril/92, além de outras que não estavam no escopo da fiscalização.

Assim, em face de a escrituração do livro Registro de Saídas apresentar valores considerados inferiores àqueles correspondentes às notas fiscais de saída; da não-apresentação das notas fiscais de revenda do mencionado produto; e da inexistência de escrituração contábil e fiscal que suportasse a apuração do lucro real ou presumido, foi aplicado o arbitramento com base nas compras do produto efetuadas, de acordo com levantamento feito na segunda empresa, retrocitada.

Impugnando o feito às fls. 186/189, a autuada levantou preliminar de nulidade, alegando que a empresa é de organização rudimentar e que os trabalhos de fiscalização estão eivados de equívocos e distorções, porque:

a) não foram consideradas as quantidades devolvidas do produto que serviu de base à autuação, controladas por meio de documentário interno;

b) a autuação se valeu de informações e levantamentos efetuados na Indústria Marangon, denotando inversão de levantamentos e superposição de elementos de uma empresa, que não a autuada, embutidos em outra;

c) existem divergências entre as quantidades apontadas no Quadro II do Levantamento do Estoque de Selos de Controle, efetuado na outra empresa, com as quantidades do Quadro I - Levantamento das Notas Fiscais (fls. 11/35);

d) além disso, em ambos os quadros, não teriam sido oferecidas as listagens de notas fiscais que perfariam o montante das entradas com nota fiscal.

Quanto ao mérito, alinhou os seguintes argumentos:

1) que a própria fiscalização admite que a autuada escriturou o livro de registro de saídas, porém com valores inferiores às notas fiscais;

2) que, de fato, efetuou escrituração desse livro por valores inferiores, mas que o lançamento deveria tomar por base apenas as correspondentes diferenças, sem levar em conta levantamentos em outra pessoa jurídica.

Requeru que, após a manifestação da fiscalização, fosse concedido à autuada vista para resposta e que, da eventual superveniência de novos quadros demonstrativos de valores ou de novo levantamento, fosse reaberto o prazo de 30 dias para impugnação aditiva. Propugnou pela realização de perícia.

Na decisão recorrida (fls. 239/249), o julgador singular rejeitou as preliminares de nulidade, negou o pedido de perícia, por entendê-la inócua, e decidiu pela procedência da ação fiscal, argumentando que é cabível o arbitramento do lucro quando o contribuinte, optante pela tributação com base no lucro presumido, não mantém em ordem os documentos de sua escrita, exigidos pela legislação.

Estendeu o decidido à exigência reflexa (IR Fonte), subtraiu os efeitos da TRD como juros de mora, no período compreendido entre 04 de fevereiro e 29 de julho/91 e reduziu o percentual da multa de ofício, de 100% para 75%, tendo em vista o art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Às fls. 253/265 se vê o recurso voluntário, no qual a empresa, preliminarmente, postula pela decretação de nulidade da decisão recorrida pela negativa ao pedido de realização de perícia contábil, que considera cerceamento de defesa.

Em seguida, requer o sobrestamento do feito, até o julgamento da impugnação oferecida à autuação de IRRF do sócio Ivan Nocci Marangon, em face da conexão das matérias. Registre-se que não menciona número do outro suposto processo, nem esclarece a que lançamento está se referindo, uma vez que o IR Fonte decorrente do arbitramento está sendo exigido neste processo - e da empresa, não do sócio.

Quanto ao mérito, traz doutrina sobre a interpretação do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, discorrendo sobre “pressupostos constitucionais do arbitramento”. Volta a valer-se de doutrina para expor o que entende ser os “pressupostos infraconstitucionais da avaliação por arbitramento”. Cita jurisprudência sobre escrituração irregular.

Insurge-se contra a exigência do IR Fonte na distribuição automática do lucro arbitrado, novamente baseando sua argumentação em transcrição de doutrina, aqui para defender a inexistência de previsão legal para incidência do imposto sobre lucro distribuído, em face da revogação do chamado “Imposto sobre o Lucro Líquido” (art. 35 da Lei nº 7.713/88) pelo art. 75 da Lei nº 8.383/91.

Às fls. 268/271 encontram-se as contra-razões ao recurso voluntário do Procurador da Fazenda Nacional, pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro, CELSO ALVES FEITOSA, Relator

Não merece ser deferido o pedido de perícia contábil, tendo em vista que os documentos e informes juntados são suficientemente esclarecedores à configuração das irregularidades apontadas pela fiscalização.

Além disso, como bem ressaltou o julgador singular, a própria empresa reconheceu que utiliza documentação não revestida das formalidade legais, que mantém precário sistema de controle de estoques e que os lançamentos das notas fiscais de revenda foram efetuados por valores inferiores no livro registro de saídas. Isso resultaria numa perícia de pouca ou nenhuma valia.

Quanto ao pedido de sobrestamento do feito *“até o julgamento da impugnação oferecida à autuação de IRRF do sócio Ivan Nocci Marangon, em face da conexão das matérias”*, considerando-se que não há indicação clara sobre o processo a que a Recorrente estaria se referindo, só se pode entender que se trata do IR Fonte decorrente do arbitramento. Mas esse imposto está sendo exigido da empresa, não do sócio. Ademais, ainda que existisse lançamento reflexo em nome de sócios, este processo seria o principal, inexistindo, portanto, razão para sobrestamento.

No mérito, nota-se que, durante todo o andamento do processo, a Recorrente não negou a imprestabilidade de sua escrita para fins de tributação com base no lucro presumido ou real.

Em face das irregularidades na escrita referidas no Relatório, a fiscalização aplicou a regra contida no art. 399, II, do RIR/80, segundo o qual a autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica *“quando o contribuinte autorizado a*

optar pela tributação com base no lucro presumido não cumprir as obrigações acessórias relativas à sua determinação”.

Cabe assinalar que, conforme decidiu a 3ª Turma do TRF da 4ª Região no Acórdão nº 89.04.19156-4/PR, de 07.11.90, *“a circunstância de que o contribuinte, autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido, não cumpriu as obrigações acessórias relativas à sua apuração, de modo algum permite ao Fisco arbitrar o lucro, **quando há elementos contábeis suficientes para identificar o lucro real da pessoa jurídica**”* (grifei).

Assim, como inexistiam elementos que possibilitassem a determinação do lucro real, a fiscalização só poderia adotar o arbitramento.

Quanto à base adotada para o arbitramento (volume de compras), ela se encontra, segundo o Fisco prevista no § 4º do art. 400 do então vigente RIR/80, cuja matriz legal é o Decreto-lei nº 1.648/78, art. 8º, § 4º, assim redigido:

*“Na falta de outros elementos a autoridade poderá, observadas as normas baixadas pelo Secretário da Receita Federal, arbitrar o lucro com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, **das compras**, do aluguel das instalações ou do lucro líquido auferido pelo contribuinte em períodos anteriores”* (grifei),

e IN/SRF 108/80.

Em que pese tudo o que foi registrado, não vejo como possa ser mantida a tributação, diante do estabelecido no artigo 25, I, do ADCT, considerado o fato ainda de que a base foi eleita pela IN/SRF citada.

É que nesta Primeira Câmara, a questão arbitramento do lucro, bem como ao que se sabe, igualmente em outras Câmaras, tem merecido ressalva quanto ao agravamento mensal de determinado percentual, em 20% ou 6%, conforme a época.

Assim pode ser trazida a posição da unanimidade no Acórdão 101-91.900, em voto condutor do relator Jezer de Oliveira Candido:

“ Como tem sido relatado e decidido reiteradas vezes, por esta Câmara e pelas diversas outras Câmaras deste Colegiado, o arbitramento de lucros não se configura em penalidade, mas, sim, na utilização de critério, estabelecido em lei, para determinar o montante da matéria tributável, quando, como no caso presente, o sujeito passivo deixa de apresentar os elementos imprescindíveis à apuração do lucro real.

É relevante, entretanto, trazer à colação as disposições do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, qual seja:

“ Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I. ação normativa;

II. alocação ou transferência de recurso de qualquer espécie”.

Como ficou acentuado no Acórdão número 101-91.637, de 21 de novembro de 1997, o dispositivo acima reproduzido proibiu que novas delegações de competência ao Poder Executivo para fixação de alíquotas e, assim sendo, a Portaria número 22/79 e suas alterações posteriores tem eficácia assegurada até a expedição da Portaria MF 524/93 que, ao fixar um incremento mensal de 6% (seis por cento), revogou expressamente as normatizações anteriores.

No acórdão mencionado, após citar e transcrever decisões do Supremo Tribunal Federal, o ilustre relator concluiu que “a Portaria MF 524/93 expedida após a vigência da Constituição Federal de 1988 não tem eficácia normativa e desta forma, permanece o comando contido no parágrafo primeiro, do artigo oitavo do Decreto-lei número 1.648/78 que fixava o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) da receita bruta, inclusive para a atividade de prestação de serviços, a partir do período de apuração de janeiro de 1993”.

Tendo em vista que somente com o advento da Lei número 8.981/94 foram estabelecidas novas regras para o arbitramento de lucro, podemos concluir que nos anos base de 1993 e 1994 o arbitramento de lucros deve ater-se ao percentual de 15% estabelecido no Decreto-lei número 1.648/78.

Os procedimentos decorrentes, apresentando o mesmo suporte fático do IRPJ, devem, em princípio, lograr idênticos julgados, guardando-se, assim, uniformidade nos decisórios.”

Posteriormente, alterou-se mais o entendimento desta Primeira Câmara, que acabou por concluir, por maioria, que diante do comando do já referido artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, ficavam revogados, a partir de 180 (cento e oitenta) dias, desde que não prorrogados por lei, todos os dispositivos legais que tivessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo, competência para o exercício de ação normativa e alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

Assim, todos os atos infralegais de delegação de competência, tão só pelo decurso de prazo, desde que não confirmados por lei (formal), apresentam-se revogados, dentre eles as Portarias do Ministro da Fazenda e Instruções Normativas do Secretário da Receita Federal.

Como fixado pela doutrina: “ ... a Constituição atual, como também a anterior, jamais permitiu a outorga ao Poder Executivo da competência para instituir alíquotas de tributos, mas tão-somente para alterar, e apenas em relação a alguns específicos, aquelas já fixadas em lei, nas condições e limites também previstos em lei; assim, a delegação em causa, por ser irrestrita e contemplar matéria diversa daquela autorizada pela Constituição, sempre foi inconstitucional”. (Léo Kracoviak – RDDT – 37/63).

A legislação invocada para sustentar o lançamento – IRPJ, encontra-se a fls. 36/38, neste termos:

Artigo 399, inciso II do RIR/80;
Artigo 400 § 4º do RIR/80
IN/SRF 108/80

Examinando ainda o lançamento (fls. 146 e seguintes), é constatado que os coeficientes adotados pelo Fisco estão assim distribuídos:

Período	Coeficiente	Alíquota
1990/89	25%	30%
1991/90	30%	30%
1992/91	36%	30%
1992	43,20%	25%
1993	45,79% a 50%	25%

Embora não deixado consignado, resta conhecido que a alteração dos coeficientes de apuração de lucro arbitrado, superior ao limite mínimo fixado de 15%, fixado pelo Decreto-Lei n. 1.648/78, se dá através de Portarias, dentre elas: 22/79; 76/79; 264/81; 217/83; 524/93, além do que a base, quando não conhecida a receita bruta, tem embasamento na IN 108/80, este último ato, como se sabe, de lavra do Sr. Secretário da Receita Federal.

No caso em exame, como consignado a receita não era conhecida, por isso tomado os valores de compras, como exposto, com fundamento da IN 108/80.

A questão a ser resolvida é: com o advento da CF de 1988, não confirmado por lei o exercício da competência delegada ao Poder Executivo, após 180 (cento e oitenta) dias, válidos seriam os coeficientes majorados por Portarias e estabelecimento, por Instrução Normativa, de compras e não das receitas como base de cálculo do lucro arbitrado?

A resposta é negativa.

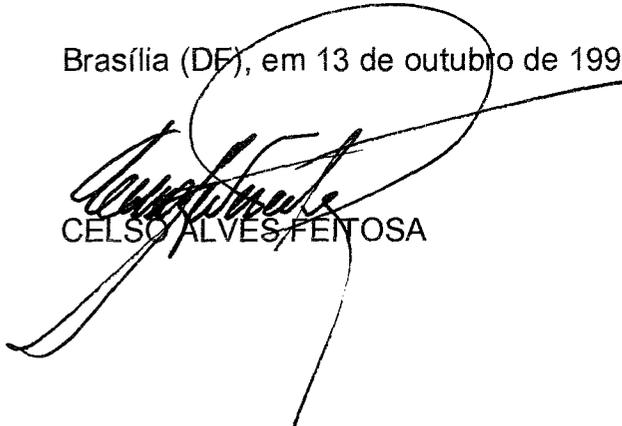
A previsão legal para a exigência após a CF/88, só nasceu com a Lei 8991/95, decorrente da MP 812/94. Por isso em casos de arbitramentos temos afastado a exigência que supere o coeficiente de 15% do DL.

No caso, inobstante isso, é de se afastar a tributação por inteiro, diante do fato de que a base de cálculo – valor de compras –, e não da receita, foi determinada pela IN, o que, segundo entendo não tinha base legal.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário, o que atinge o lançamento decorrente – IFFON - por uma relação de causa e efeito.

É o meu voto.

Brasília (DF), em 13 de outubro de 1998



CELSO ALVES FENTOSA

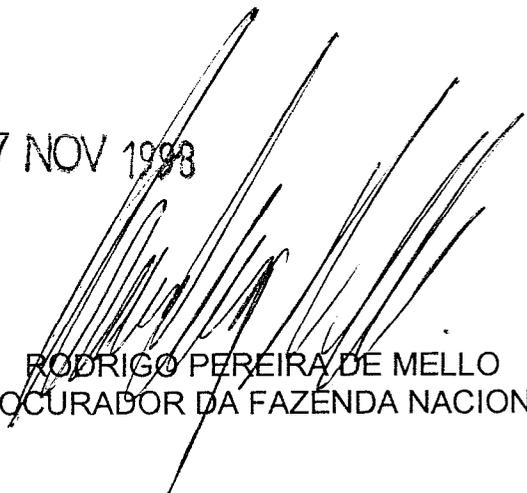
INTIMAÇÃO

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 16 NOV 1998


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em 17 NOV 1998


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL