



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA


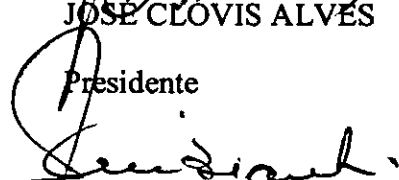
Processo n°	13855.001398/2005-13
Recurso n°	149.559 Voluntário
Matéria	IRPJ e OUTRO - EXS.: 2003, 2004
Acórdão n°	105-16.727
Sessão de	18 DE OUTUBRO DE 2007
Recorrente	WM TANNOUS LTDA.
Recorrida	1ª TURMA/DRJ em RIBEIRÃO PRETO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE - Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta (Decr. 70.235/72, art. 59, § 3º).

OMISSÃO DE RECEITAS - MÉDIAS MENSAS - PROVA EMPRESTADA - FISCO ESTADUAL - BASE TRIBUTÁVEL IDÊNTICA - IMPOSSIBILIDADE - A metodologia empregada pelo fisco estadual em Regime Especial de Tributação que culminou com a exigência de ICMS calculado em médias mensais de omissão de receitas, não se presta para embasar a exigência de IRPJ e demais exigências decorrentes por não refletir a receita efetivamente omitida. A utilização de levantamentos efetuados pelo fisco estadual depende de lei ou convênio (CTN, art. 199).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por WM TANNOUS 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.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente

IRINEU BIANCHI

Relator

Formalizado em: 09 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, ROBERTO BEKIERMAN (Suplente Convocado), WALDIR VEIGA ROCHA e MARCOS VINÍCIUS BARROS OTTONI (Suplente Convocado). Ausente, justificadamente o Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

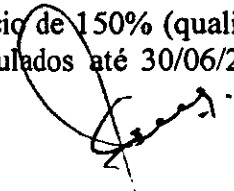
“Trata o presente de autos de infração lavrados para exigência de imposto sobre a renda – pessoa jurídica – IRPJ (fls. 04/09) e de contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL (fls. 10/14), em face da apuração de omissão de receitas relativamente aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2002, 31/03/2003 e 30/06/2003, nos quais constam os respectivos enquadramentos legais.

“A infração encontra-se descrita no Termo de Verificação Fiscal de fls. 15/20, parte integrante da autuação, no qual se relata, em síntese, que em julho de 2004 foi recebida Representação Fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais que constatou estar a filial da empresa acima identificada, localizada na cidade de Uberaba/MG, se utilizando indevidamente do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF – para emitir cupons fiscais em desacordo com as normas tributárias, efetuando reduções nos contadores e totalizadores dos equipamentos, suprimindo da memória de trabalho valores relativos a vendas efetuadas, não levando tais valores para a memória fiscal e nem para os registros nos livros fiscais.

“Descritos os procedimentos da fiscalização estadual, bem como dos trabalhos da fiscalização federal, iniciada em 18/05/2005, onde, após apresentação dos livros fiscais, se intimou a interessada a justificar as diferenças encontradas e tendo esta respondido que “... trata-se de questão ainda pendente de julgamento e trânsito em julgado, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, ou seja, a fiscalização do Estado de Minas Gerais procedeu a autuação que ainda é objeto de recursos administrativos e, na esfera judicial, foi ajuizada Execução Fiscal, a qual está pendente de aceitação de bens indicados à penhora para garantia do Juízo e oposição dos competentes Embargos à Execução, vez que a autuação e execução são completamente destituídas de fundamentos fáticos e jurídicos, o que poderá ser constatado pela fiscalização federal por intermédio de diligências a serem procedidas junto ao fisco mineiro e ao Foro Judicial da Comarca de Uberaba/MG...”, concluiu o autor do feito que os dados contidos na representação são os mesmos incluídos no auto do fisco estadual e que, embora o contribuinte tenha impugnado e recorrido, o auto foi mantido pelo conselho de contribuintes, encerrando-se a discussão administrativa, sendo o débito inscrito em dívida ativa encontrando-se em fase de penhora.

“Relata, ainda, que das planilhas de fls. 25/26 depreende-se que a média do faturamento mensal registrado pela fiscalizada no período de dezembro de 2002 a abril de 2003 (objeto da autuação) havia sido de R\$ 604.851,63, inferior à média ora apurada (com a inclusão dos valores omitidos) de R\$ 866.835,32, próxima daquela apurada após regime especial de controle da Secretaria da Fazenda (de maio a dezembro de 2003 – R\$ 816.191,83).

“Tendo a contribuinte optado pela tributação do IRPJ/CSLL pelo lucro real trimestral, apresentou-se memorial de cálculo (fls. 19/20) do valor a ser tributado pelo imposto e pela contribuição correspondente, atingindo o crédito tributário o montante de R\$ 1.251.685,92, incluídos os valores dos tributos, da multa de ofício de 150% (qualificada pelo evidente intuito de fraude), bem como dos juros de mora calculados até 30/06/2005, assim distribuídos:



“IRPJ R\$ 915.791,47

“CSLL R\$ 335.894,45

“Sendo dada ciência à empresa em 29/07/2005, esta contesta a autuação, por intermédio da impugnação de fls. 339/361 (e documentos que a acompanham), subscrita pelos advogados Luis Gustavo de Castro Mendes e Alexandre Rego (procuração – fl. 362), recepcionada em 25/08/2005, na qual se alega, em síntese, que:

“a) nulo é o lançamento uma vez que o Mandado de Procedimento Fiscal assinado pelo representante da empresa dava competência para fiscalizar a Cofins no período de 10/2000 a 12/2003, havendo necessidade de prévia expedição de Mandado de Procedimento Complementar para outras infrações (menciona o art. 9º da Portaria 1.265/1999);

“b) como o lançamento é decorrente de representação do fisco estadual mineiro, cujas acusações refuta e encontra-se pendente de julgamento, requer o sobrestamento do presente, nos termos do art. 265, IV, “a” do CPC, até a decisão daqueles processos, bem como a utilização de “prova emprestada” que lá tenha sido feita, diante do nexo de causalidade que existe entre ambos;

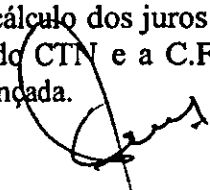
“c) contesta a média mensal de faturamento estabelecida pelo fisco mineiro, invocando análise dos períodos anteriores de sua contabilidade e a revisão do lançamento nos termos do art. 149 do CTN; insurge-se contra a interpretação dada ao art. 24 da Lei nº 9.249/1995, pois ao se considerar na base de cálculo do tributo todo montante omitido, em face de sua opção de tributação pelo lucro real, acarreta-lhe tratamento mais oneroso do que o do lucro arbitrado (caso não houvesse escriturado suas receitas), privilegiando, por vias oblíquas, desobediência às normas que estabelecem comportamentos fiscais aos contribuintes, impondo-se a conjugação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na ausência de norma plausível para a ocorrência;

“d) aduz que o autuante não utilizou qualquer regra jurídica para mensurar o lucro contido na omissão de receita, ao menos não a pôs na fundamentação, em desacordo com o art. 10, incisos III e IV do Decreto nº 70.235/72, não se confundindo o conceito de renda com o conceito de lucro;

“e) opõe-se contra a aplicação da alíquota de 9% no cálculo da CSLL, haja vista ter sido instituída por Medida Provisória em desacordo com o art. 246 da Constituição Federal, o qual veda a adoção de MP para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995 (alega que o art. 195 da CF foi alterado pela EC nº 20/1998);

“f) repele a aplicação da multa qualificada de 150%, pois não restou caracterizada a conduta dolosa da impugnante, acrescentando que a multa a ser aplicada nesses casos seria a moratória (20%), prevista no art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, já que todos os dados foram obtidos junto à contabilidade e documentos fiscais da empresa, e que a constante nos autos tem caráter confiscatório, contrariando o art. 150, IV, da C.F.;

“g) questiona, ainda, a incidência da taxa selic no cálculo dos juros de mora, em face da sua natureza remuneratória e por contrariar o art. 161 do CTN e a C.F. (transcreve jurisprudência do STJ), bem como sua incidência sobre a multa lançada.



A Primeira Turma da DRJ em Campinas (SP), através do acórdão nº 9.718 (fls. 396/409), julgou procedente a ação fiscal, apresentando-se o mesmo assim ementado:

IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – PROVA EMPRESTADA – É legítimo que a fiscalização federal possa valer-se de provas colhidas por outras autoridades fiscais, relativamente a fatos que ensejam tributação pelo imposto sobre a renda e pela contribuição social sobre o lucro.

LEVANTAMENTO PELO FISCO ESTADUAL – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE – A omissão de receita apurada pelo Fisco estadual e descrita em auto de infração, por conter declarações prestadas por agentes do Poder Público, faz fé pública e presume-se verdadeira até prova em contrário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – ABRANGÊNCIA DO MPF – O lançamento efetuado por pessoa competente, nos termos da lei, sendo resguardado o amplo direito de defesa, é plenamente válido e não se torna nulo por eventual descumprimento do mandado de procedimento fiscal, cuja abrangência pode ser ampliada por ato complementar.

LANÇAMENTO DECORRENTE – CSL – Auto de infração lavrado em procedimento decorrente deve ter o mesmo destino do principal, pela existência de estreita relação de causa e efeito entre ambos.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – ARGÜIÇÃO – A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

MULTA – CONFISCO – O princípio do não-confisco tributário, nos termos do art. 150, IV da CF, não se aplica às penalidades, sendo incabível o reexame pelo julgador administrativo do juízo de valor adotado pelo legislador para fixar o percentual que cumpra e finalidade de punir o infrator.

JUROS DE MORA – SELIC – Ao crédito tributário não recolhido no vencimento são acrescidos juros de mora calculados com base na Taxa Selic.

Cientificada da decisão (fls. 415), tempestivamente a interessada interpôs o recurso voluntário de fls. 421/444, reproduzindo os termos da impugnação, fazendo-se acompanhar de arrolamento de bens (fls. 448).

Na sessão de 28 de fevereiro do corrente ano, através da Resolução nº 105-1.299 (fls. 449 e segs.), o julgamento foi convertido em diligências.

Às fls. 457 foi acostado o Relatório de Diligência, sobre a qual a recorrente manifestou-se regularmente (fls. 458/459).

É o Relatório.



Voto

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso voluntário merece ser conhecido.

NULIDADES

A recorrente suscita a nulidade do lançamento por deficiência quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal, além de outras.

Todavia, a decisão quanto à matéria de fundo é favorável à recorrente, razão pela qual, deixo de apreciá-la, forte no art. 59, III, do Decreto nº 70.235/72.

MÉRITO

Consoante anotado no relatório foi recebida Representação Fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, dando conta de que a contribuinte utilizou o equipamento Emissor de Cupom Fiscal em desacordo com as normas tributárias, *“efetuando reduções nos contadores e totalizadores dos equipamentos, suprimindo da memória de trabalho valores relativos a vendas efetuadas, não levando tais valores para a memória fiscal e nem para os registros nos livros fiscais”*.

A fiscalização federal intimou a contribuinte a justificar as diferenças encontradas, tendo a mesma se limitado a informar que a questão achava-se pendente de julgamento e trânsito em julgado na esfera administrativa estadual e judicial.

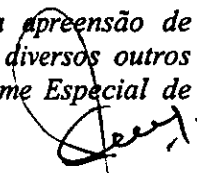
À vista disto, a fiscalização concluiu que os dados contidos na representação são os mesmos incluídos no auto de infração estadual, lavrando os autos de infração de que tratam os presentes autos, de sorte que as planilhas que acompanham a representação antes mencionada serviram de base para a apuração dos tributos federais e seus consectários.

Referidas planilhas, embora as notas explicativas, não permitem entender com clareza a metodologia empregada na obtenção da base tributável, uma vez que há menção a faturamento mensal médio e a regime especial de controle da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais.

Diante disto o julgamento foi convertido em diligências, afim de que *“a finalidade autoridade autuante se manifeste acerca das referidas planilhas, informando explicita e claramente, a composição dos valores que formam a base tributável. Sendo o caso, informe se através de trabalhos periciais foram recuperados os valores omitidos do equipamento emissor de cupom fiscal ou se decorrem de médias obtidas à luz da legislação estadual”*.

Às fls. 457, o Relatório de Diligência informa:

No dia 08/04/2003, a Fazenda Estadual efetuou a apreensão de diversas máquinas ECF, bobinas de fitas detalhes e diversos outros documentos. Nesta mesma data foi aplicado o Regime Especial de



Controle e Fiscalização. Após a aplicação deste regime, registrou-se um aumento considerável no faturamento da fiscalizada.

Os fiscais estaduais verificaram que a empresa praticava manipulação dos dados, suprimindo dados de vendas, conforme o relatório de fls. 155 à 160.

Foi constatado que várias fitas detalhes estavam seccionadas (não registrando, portanto, a totalidade dos registros das operações de venda) e haviam notas fiscais com o mesmo número.

Portanto, pelos fatos e infrações descritas acima, a Fazenda Estadual decorreu de médias para obter os valores das bases de cálculos das receitas omitidas. Valores estes que foram utilizados pela Fiscalização Federal.

Como se observa pelo relatório antes reproduzido, nestes autos o Fisco adotou integralmente as conclusões do fisco estadual, sem realizar qualquer auditoria ou levantamento junto aos registros contábeis e fiscais da fiscalizada.

A adoção daquelas conclusões só poderia ocorrer se lastreada em lei ou convênio, segundo dispõe expressamente o Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio (grifei)

Tal autorização é ausente no presente processo, o que autoriza a declaração de insubsistência do auto de infração.

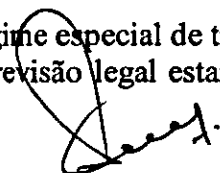
Por outra via, segundo o Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização estadual aplicou à recorrente o Regime Especial de Controle e Fiscalização, segundo as regras da legislação mineira.

Do Regime Especial resultou a conclusão de que o sujeito passivo omitira receitas, determinando-se os respectivos valores tributáveis através de médias mensais pela comparação de períodos diversos de apuração.

Contudo, a metodologia adotada pelo fisco mineiro não se presta para fins de determinação do lucro tributável pelo IRPJ e demais tributos federais. Lá a base tributável para a determinação do ICMS devido é o valor das mercadorias e/ou serviços, enquanto que aqui é o lucro.

Assim sendo, a determinação do valor tributável, obrigava os auditores fiscais a identificar, nos períodos apontados, as receitas efetivamente omitidas e não a média das omissões, porquanto, assim procedendo, as exigências foram estabelecidas por presunção simples.

Para tanto, se entendessem necessária a adoção de regime especial de tributação, tal como ocorreu no âmbito estadual, dispunham os auditores da previsão legal estampada no

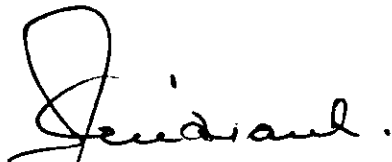


art. 922 do RIR/99, o que não ocorreu, assim como a exigência tributária aqui tratada não se deu através de arbitramento.

Nestas condições o lançamento improcede.

DIANTE DO EXPOSTO, conheço do recurso voluntário e voto no sentido de DAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.



IRINEU BIANCHI

