



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10380.003882/2004-23
Recurso nº 160.869 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.140 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - ANOS-CALENDÁRIO: 2002 a 2004
Recorrente COLUMBIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – NULIDADE – INEXISTÊNCIA – Não é nulo o MPF cuja a autoridade fiscal que lavra o auto de infração seja diversa da autoridade que conduziu o procedimento de fiscalização. O Mandado de Procedimento Fiscal advém de norma administrativa que tem por objetivo o gerenciamento da ação fiscal. Por tal, eventuais vícios em relação ao mesmo, desde que evidenciado que não houve qualquer afronta aos direitos do administrado, não ensejam a nulidade do lançamento.

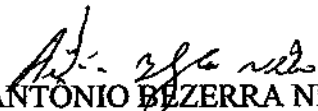
ARBITRAMENTO - Diante da recusa da apresentação, ou da inexistência, dos livros fiscais a que está obrigada a escritura, a empresa submete-se ao arbitramento como forma de identificação do montante do tributo devido.

ERRO NA BASE DE CÁLCULO - O fato de ter havido uma diferença mínima não nulifica a integralidade do auto de infração, principalmente quando essa diferença favorece a Recorrente, reduzindo a base de cálculo a ser considerada para fins de tributação.

COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS – SIMPLES – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – Se houve recolhimento de tributo, na modalidade de SIMPLES, relativo aos mesmos períodos fiscalizados, há de ser reconhecido o direito do contribuinte em compensar os valores assim pagos, de acordo com cada rubrica de destinação, com os créditos tributários constituídos em lançamento de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso para que sejam aproveitados os recolhimentos do Simples, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente, justificadamente a Conselheira Karem Jureidini Dias.


ANTONIO BEZERRA NETO – Presidente-Substituto


ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA – Relator

EDITADO EM: 09 ABR 2010

Participaram, da presente sessão de julgamento os Conselheiros: Antônio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, José Sérgio Gomes, Nelso Kichel, João Francisco Bianco e Karem Jureidini.Dias.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração lavrado em desfavor da Recorrente, tendo em vista a identificação, durante procedimento de fiscalização, de infrações à legislação do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e reflexos

Segundo se extrai do relatório proferido pela DRJ:

Contra o Sujeito Passivo acima identificado foram lavrados Autos de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Reflexos, fls. 03/20 e 21/69, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 6.999.054,82, inclusive encargos legais.

A infração apurada pela fiscalização e relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 07/09, foi, em síntese, a seguinte:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 06/2001 09/2001 12/2001 03/2002 06/2002 12/2002 03/2003 06/2003 09/2003 12/2003.

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista o contribuinte ter sido excluído do SIMPLES, conforme Ato Declaratório DRF/FLA nº 16/2004, documento anexo, e, conseqüentemente, ficando obrigado à tributação com base no lucro real, não possuir, conforme documento anexo, escrituração dos livros diário e razão.

Também estamos autuando através do presente auto de infração a falta do recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social- PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

O valor utilizado para o cálculo do lucro arbitrado, como também para a cobrança das contribuições foram a vendas declaradas pelo contribuinte no livro de apuração de ICMS, deduzidas das devoluções de vendas.

Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999 - Art. 530, inciso I, do RIR/99.

001-RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS

O contribuinte foi excluído do SIMPLES, conforme Ato Declaratório anexo, por ter ultrapassado no ano-calendário de início de atividade o limite de receita bruta previsto para as empresas de pequeno porte. Intimado a apresentar os livros fiscais e contábeis o contribuinte declarou, conforme documento anexo, não possuir escrituração dos livros diário e razão. Assim, esta fiscalização está arbitrando o lucro com base nas receitas

de vendas, deduzidas das devoluções de vendas, escrituradas no livro de apuração do ICMS(documento anexo).

Sobre as receitas objeto do presente arbitramento, também não foram recolhidas nem declaradas as contribuições do PIS e da COFINS. Por esta razão, na forma como determinado no art. 9º, parágrafo 1º, do Decreto 70.235/72, c/ redação do art. 12 da Lei 8.748/93, as respectivas exigências estão sendo também formalizadas no bojo deste processo.

Enquadramento Legal: Arts. 194, inciso II, alínea "b", 195, inciso I, 196, inciso III, 197, 220, 246, 247, 274, 276, 530 e 532 do Decreto 3000/99 - RIR/99.

Foram lavrados os seguintes Autos de Infração, em consequência da infração acima relatada:

Principal:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, fls. 06/17, no valor total de R\$ 2.258.322,16, incluindo encargos legais.

Reflexos:

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, fls. 18/27, capitulada nos artigos 1º e 3º, da Lei Complementar nº 7/70; Artigos 2º, inciso I; 8º, inciso I; e 9º, da Lei nº 9.715/98. Artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98; arts. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02, no valor total de R\$ 652.664,97, incluindo encargos legais;

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 28/37, capitulada no artigo 1º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória (MP) nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02, fls. 37/52, no valor total de R\$ 3.012.302,17, incluindo encargos legais;

Contribuição Social Sobre o Lucro - CSL, fls. 38/48, capitulada no artigo 2º e seus parágrafos, da Lei nº 7.689/88; arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249/95; art. 29 da Lei nº 9.430/96 e art. 6º das MP's nº 1.807/99 e 1.858/99 e suas reedições, no valor total de R\$ 1.075.765,62, incluindo encargos legais.

Inconformado com a autuação acima descrita, da qual tomou ciência em 11/05/2004(Aviso de Recepção às fls. 102), o contribuinte em 11/06/2004 (fls. 105/119, 209/222 e 311/325), apresenta impugnação, alegando o seguinte:

NÚCLEO DA CONTROVÉRSIA

A fiscalização fazendária se iniciou em 10.02.2004, com intuito de se apurar somente o recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica dos períodos entre 01/2001 a 12/2001.

Entretanto, no decorrer do procedimento, prolongaram-se os períodos a serem verificados até 12/2003, bem como se afere que, no deslinde da ação fiscal, houve mudança dos auditores que a fiscalização, tudo isso sem a devida cientificação do ora suplicante.

No que tange ao mérito da ação fiscal, urge realizar histórico sobre a conduta fazendária, para que, dessa forma, seja esclarecida impossibilidade de subsistir o malsinado auto de infração.

A suplicante é distribuidora de produtos alimentícios e se encontrava enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições, do qual, no decorrer do procedimento de fiscalização, fora excluída nos termos do Ato Declaratório DRF/FLA nº 16/2004.

Daí a tentativa do Fisco de tributar a requerente com no lucro real, o que restou inviabilizado em face da inexistência de escrituração dos livros diário e razão, culminando, então, o arbitramento do lucro incidir a norma tributante.

Constatou-se ainda a falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, Contribuição para Programa de Integração Social e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o que gerou a lavratura de outros autos de infração que se encontram impugnados em separado.

Com efeito, para realização do referido arbitramento, utilizou-se o Fisco das vendas declaradas pela contribuinte no livro de apuração do ICMS, deduzidas, é claro, as devoluções de vendas.

PRELIMINARES

Inicialmente, antes de se debater as razões de mérito, faz-se de bom alvitre o confronto dos vícios formais explícitos e implícitos do ato administrativo ora impugnado, o que, sem sombra de dúvida, já seria o suficiente para sucumbência da malsinada ação de fiscalização.

Da mudança de auditores

No compulsar dos autos do procedimento administrativo, extrai-se a existência dos MPF-C nº 03.1.01.00-2004-000630-1 e MPF-C nº 03.1.01.00-2004-00063-0-3, nos quais constam alterações de auditores fiscais.

Observa-se que Francisco Hilton de Queiroz Moreira foi excluído pelo auditor Antônio Augusto Luque de Sousa, tendo este, por sua vez, sido substituído pelo fiscal José Ricardo Cavalcante Baltar, sendo o último o responsável pela lavratura dos malsinados autos de infração.

No entanto, as aludidas alterações no mandado de fiscalização de abertura não chegaram ao conhecimento da pessoa jurídica sob fiscalização, o que fulmina a própria regularidade do

procedimento, vez que não se coaduna com a legislação administrativa pertinente.

Colham-se, então, os termos da Portaria nº 3.007/2001, in verbis:

"Art. 10 - As alterações no MPF, decorrentes de inclusão, exclusão ou substituição de AFRF responsável pela sua execução, ou pela supervisão, bem assim as relativas a tributos ou contribuições a serem examinados e período de apuração, serão procedidas mediante emissão, pela autoridade outorgante do MPF originário, de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C), conforme modelo constante do Anexo V, DO QUAL SERÁ DADA CIÊNCIA AO PASSIVO." (grifo nosso)

Salta aos olhos a determinação da portaria no sentido de exigir, para válida substituição do auditor fiscal competente, a devida ciência do contribuinte sujeito à fiscalização fazendária.

A referida norma ganha força no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, em razão da mesma consagrar os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa até mesmo nos procedimentos administrativos, sendo certo que, ocorrendo qualquer alteração substancial do mandado inicial, indispensável se faria a ciência do sujeito passivo, isso tudo, com intuito de lhe dar oportunidade de participação naquele procedimento.

Vários são os aspectos capazes de demonstrar a insuficiência desse auto, baseando-se somente na ausência de intimação das mudanças ocorridas.

É de conhecimento de todos que a Administração Pública, no exercício de seus encargos administrativo-fiscais, deve pautar-se em total consonância com a legislação tributária pertinente, pois, tratando-se a fiscalização de uma atividade administrativa plenamente vinculada, nos termos do art 3º do Código Tributário Nacional, qualquer inobservância aos dispositivos normativos, sucumbirão todos os atos administrativos dela decorrentes.

HUGO DE BRITO MACHADO leciona de forma irreprochável, in verbis:

"Atividade vinculada é aquela em cujo desempenho a autoridade administrativa não goza de liberdade para apreciar a conveniência nem a oportunidade de agir. A lei não estabelece apenas um fim a ser alcançado, a forma a ser observada e a competência da autoridade para agir. Estabelece, além disto, o momento, vale dizer, o quando agir, e o conteúdo mesmo da atividade. Não deixa margem à apreciação da autoridade, que fica inteiramente vinculada ao comando legal."

Colacione-se também o art. 142, parágrafo único, do CTN, litteris:

"Art. 142. parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento É VINCULADA E OBRIGATÓRIA, sob pena de responsabilidade funcional. "

Dessa situação, pelo menos, poder-se-ia extrair a mitigação, ou mesmo a inobservância ao princípio da legalidade - administrativa, já que a Administração Federal suprime, em suas condutas, os próprios comandos normativos, o que foge até mesmo à moralidade administrativa. Daí, também seria plausível se falar em nulidade desse procedimento em face da conduta ilegal do Fisco, de acordo com a melhor doutrina publicista, litteris:

"(...) é virtual quando a invalidade decorre da infringência específicos do Direito Público reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão que não se pode adquirir direitos contra a lei. (grifo nosso)

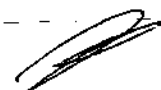
Ademais, a inobservância da legislação pertinente nos aspectos formais repercute ainda na própria estrutura do auto de infração, já que suprime requisito fundamental para sua validade que é a forma do ato administrativo. É uma vez inobservado tal requisito, como destaca JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, desprovido estará de eficácia jurídica, litteris:

"Por isso, para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação. "

Em verdade, pior sorte tem o procedimento e, respectivamente, todos os autos de infração dele decorrentes, quando se observa o mesmo da perspectiva de que, uma vez inválida a mudança de auditor, o Sr. José Ricardo Cavalcante Baltar se encontrava impedido de participar do procedimento, quanto mais de lavrar os malsinados autos de infração. Logo, surge, de imediato, a nulidade do presente auto de infração, uma vez que o agente fiscal se encontrava impedido de lavrá-lo, em face da ausência de intimação da empresa fiscalizada, o que feriu, então, requisito fundamental dos atos administrativos.

Ora, é absolutamente sabido que, para o desempenho de suas funções, deve ser competente o agente público, ou seja, estar munido de autorização normativa, pois como ensina Caio TÁCITO não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma do direito.

HELY LOPES MEIRELLES bem leciona acerca da necessidade do requisito aludido, verbis:



"Para prática do ato administrativo a competência é condição primeira de sua validade. Nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo. Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta de lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração."

Assim, se no momento da lavratura do auto, mantinha o agente fazendário um posicionamento de impedimento de realizar qualquer conduta referente à matéria analisada, isto é, não gozava de autorização normativa para aquela feitura até que fosse dada ciência ao contribuinte da modificação, maculado está o auto de infração aludido, saltando aos olhos o vício que o fará padecer nessa sede recursal.

Da alteração do período

Ocorreu ainda outra alteração no mandado de procedimento fiscal de abertura, em relação ao período a ser fiscalizado, já que o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar n.º 03.1.01.00-200400063-0-2 prorrogou o período a ser fiscalizado até dezembro de 2003, que inicialmente se restringia ao exercício de 2001.

Novamente, vislumbra-se vício no procedimento de fiscalização, posto que o contribuinte não fora cientificado dessa alteração, o que, por si só, seria suficiente a fulminar toda a apuração dos tributos verificados no período acrescentado pelo MPF-C.

Nessa esteira, caminha o dispositivo mencionado (Portaria 3.007, art. 10) no tópico anterior, quando exige a ciência do sujeito passivo para essa espécie de alteração, verbis:

"Art. 10 - As alterações no MPF decorrentes de inclusão, exclusão ou substituição de AFRF responsável pela sua execução, ou pela supervisão, bem assim as relativas a tributos ou contribuições a serem examinados e período de apuração serão procedidas mediante emissão, pela autoridade outorgante do MPF originário, de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C), conforme modelo constante do Anexo V, DO QUAL SERÁ DADA CIÊNCIA AO SUJEITO PASSIVO." (grifo nosso)

Exaustiva foi a explanação, no tópico anterior, acerca da necessidade do agente público se ater, com precisidade, a legalidade administrativa, principalmente, quando se trata de lançamento tributário, que é atividade plenamente vinculada.

HELY LOPES MEIRELLES esclarece a legalidade administrativa, litteris:



"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não podem se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

DIÓGENES GASPARINI ressalta, in verbis:

"Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação".

Conclui-se, então, que, mesmo próspero o procedimento fiscal ante as alegativas iniciais, não há de prevalecer a parte referente à tributação dos períodos incluídos posteriormente ao início da fiscalização, em razão da nulidade do MPF-C nº 03.1.01.00-2004-00063-02.

CONSIDERAÇÕES DE MÉRITO

Mesmo que não sucumbisse o presente auto de infração ante as preliminares acima apresentadas, fato esse somente admitido por amor ao debate, melhor não seria sua sorte ante estas considerações de mérito que seguem abaixo.

Da impossibilidade de arbitramento do lucro

Da leitura do procedimento administrativo-fiscal, afere-se que, após a contribuinte ter sido excluída do SIMPLES, diligenciou o agente fiscal no sentido de apurar o imposto devido através do lucro real auferido nos períodos fiscalizados.

Porém, a diligência não foi possível, segundo o fiscal, em razão da inexistência dos livros razão e diário postulados pelo auditor, sendo, então, calculada a contribuição com base no lucro arbitrado.

É patente a irregularidade incorrida pelo fazendário, posto que se olvidou de analisar o caso em espécie de acordo com a legislação vigente e posicionamento fazendário predominante.

É absolutamente sabido que as empresas optantes pelo SIMPLES não estão obrigadas a escriturar os livros razão e diário, mas somente os livros caixa e registro de inventário, nos termos do art. 7º, § 1º da Lei 9.317/96, verbis:

"Art 7º..... omissis....."

§ 1º - A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário.

Do dispositivo mencionado, conclui-se, é claro, que, se a empresa era optante do SIMPLES, só haveria de escriturar os livros obrigatórios, então, logicamente que somente esses é que deveriam ser solicitados e utilizados na apuração da base de cálculo da contribuição devida, no entanto, o fiscal entendeu, equivocadamente, de forma diversa.

Nem mesmo foram requeridos os livros caixa e registro de inventário pelo auditor, mas somente os livros razão e diário, o que só restou a negativa dos mesmos, por parte da contribuinte, em razão da inexistência daqueles. Ou, pelo menos, deveria o agente ter concedido formalmente prazo para que a contribuinte realizasse a escrituração dos livros exigidos pelo Fisco, já que tinha sido sumariamente excluída do SIMPLES.

Ressoa, então, a impossibilidade do arbitramento lucro para fins de tributação no caso em tela, por ser medida extrema que só ganharia legitimidade na hipótese de não existirem outros meios de apuração do lucro real auferido pela contribuinte.

HUGO DE BRITO MACHADO, com excelência, corrobora com o entendimento, verbis:

"É certo, outrossim, que a desconsideração da escrita contábil do contribuinte, à consideração de que a mesma contém vícios, erros ou deficiências, só é admissível nas situações em que tais defeitos impossibilitem a segura determinação do lucro real. A jurisprudência orientou-se no sentido de que não pode o Fisco fazer o lançamento do imposto de renda por arbitramento se a prova pericial atesta a existência de elementos hábeis a demonstrar o lucro real auferido pelo contribuinte."

FÁBIO JUNQUEIRA DE CARVALHO esgota qualquer dúvida ao afirmar "que o arbitramento do lucro só pode ocorrer se for impossível se apurar o lucro real da empresa."

Ora, se havia outros meios para verificação ou apuração do lucro real da empresa atuada, deveria o agente ter realizado conduta nesse sentido, e não, simplesmente, desconsiderar os outros livros contábeis - suficientes para a aludida verificação, principalmente, o livro caixa - utilizando-se somente do Livro de Apuração de ICMS, para quantificação da receita bruta, com intuito de arbitrar a base tributável.

Nesse sentido, é assente o posicionamento da própria Administração Pública, quando refuta tais práticas abusivas, litteris:

"IRPJ - ARBITRAMENTO - MOVIMENTO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO REGISTRO DE CAIXA - DESCLASSIFICAÇÃO DA ESCRITA. A desclassificação de escrita, para fins de arbitramento do lucro pelo Imposto de

Renda, somente pode ocorrer na impossibilidade de apuração do lucro real da empresa. No caso dos autos, o fisco tinha plenas condições de apurar a matéria tributável, diante dos levantamentos por ele feitos, sem a necessidade de desclassificar a escrita."

Frise-se ainda que, atualmente, nem mesmo a ocorrência de casos fortuitos, como incêndio que danifique os livros fiscais ou mesmo o furto desses, é capaz de, por si só, levar ao arbitramento lucro para fins de imposto de renda, nos termos dos Acórdãos n.ºs 105-4.047 e 105-4.047 da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, ainda mais a situação da contribuinte.

Ademais, como já foi dito, ao menos, deveria o auditor ter pautado-se de boa conduta, concedendo formalmente à contribuinte prazo razoável, para que a mesma tivesse oportunidade de realizar a escrituração exigida naquele momento, vez que somente restou obrigatório os livros requeridos quando a empresa autuada foi, sumariamente, excluída do SIMPLES, isto é, dentro do próprio procedimento de fiscalização.

FÁBIO JUNQUEIRA, anteriormente citado, irreprochavelmente, defende que "é imprescindível que o Fisco abra formalmente um prazo razoável para atualização da escrituração em atraso, sob pena de se invalidar lançamento prematuramente formalizado."

O posicionamento do ilustre tributarista não é nada mais do que a exteriorização do próprio entendimento da Administração Federal, litteris:

"IRPJ- CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

ARBITRAMENTO DE LUCROS - Sendo o arbitramento dos lucros medida extrema que só deve ser utilizada por ausência absoluta de se apurar o imposto pelo lucro real, é imprescindível por parte do Fisco a abertura formal de prazo razoável para atualização da escrituração em atraso, sob pena de invalidar o lançamento prematuramente formalizado. Exigência que se cancela não só pelo arbitramento durante o ano calendário, mas também pela exigência de escrituração, pendente de levantamento dos estoques dos meses objeto de levantamento fiscal. Imposto de Renda na Fonte - Tratando-se de lançamento decorrente, a solução deste lançamento tem a mesma solução do lançamento principal."

Inadmissível, portanto, subsistir no mundo jurídico o malsinado auto de infração, uma vez que se encontra em total desconformidade com os princípios e legislação pertinentes, restando configurada até mesmo a figura do abuso de autoridade por parte do agente público, que se olvidou de observar os limites e forma legal de utilização do seu poder de polícia.

HELY LOPES MEIRELLES encontrou o verdadeiro sentido e limite do poder administrativo, verbis:

"O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para os arbítrios, violência, perseguições ou favoritismos governamentais."

Continuando, conceitua abuso de poder, litteris;

"O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia de sua finalidades administrativas(.) O abuso de poder tanto pode revestir a forma comissiva como omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado"

Dessa feita, necessária se faz a invalidação do presente auto de infração, para que, assim, não prevaleçam os infortúnios e arbítrios ocasionados por agentes administrativos que se eximem de atender a principiologia fundamental do Direito Público, na qual se assenta toda conduta - provida de probidade - da Administração.

Dos erros nas bases de cálculo

Tão frágil se demonstra o auto de infração guerreado, que pode ser atacado por todas suas dimensões. Em análise do conteúdo do auto, foram encontrados inúmeros erros por parte do agente público na determinação da base de cálculo tributável.

Como se não bastasse o absurdo jurídico do arbitramento do lucro auferido pela empresa, através da verificação do Livro de Apuração do ICMS da contribuinte, constatou-se, ainda, que o auditor retirou do mesmo, dados para quantificação da base de cálculo de cada período, informações essas lançadas, no auto de infração, de maneira dispare com a realidade, ou seja, o agente público se equivocou na apuração dos valores escriturados no livro mencionado.

Por isso, mister se faz um comparativo entre lançados pelo auditor fiscal e os valores reais escriturados no Livro de Apuração de ICMS.

Período	Valor lançado(Fisco)	Valor real (Apuração do ICMS)
31/05/2001	377.759,00	377.758,84
30/06/2001	867.085,33	867.085,18
31/07/2001	1.238.192,67	1.238.192,66
31/08/2001	1.177.422,67	1.177.422,57

Período	Valor lançado(Fisco)	Valor real (Apuração do ICMS)
30/09/2001	1.182.642,00	1.182.641,93
31/10/2001	1.410.245,67	1.410.245,65
30/11/2001	1.422.060,33	1.424.990,85
31/12/2001	1.427.860,00	1.441.910,01
31/01/2002	1.620.626,67	1.620.626,82
28/02/2002	1.341.144,00	1.341.144,00
31/03/2002	1.438.972,00	1.438.971,92
30/04/2002	1.314.227,00	1.314.226,99
31/05/2002	1.240.633,33	1.240.633,47
30/06/2002	1.254.369,67	1.254.369,59
31/07/2002	1.482.124,00	1.482.123,88
31/08/2002	1.600.491,67	1.600.491,53
30/09/2002	1.635.561,67	1.635.561,64
31/10/2002	1.570.904,33	1.570.904,26
30/11/2002	1.799.803,67	1.799.803,60
31/12/2002	2.109.084,33	2.109.084,28
31/01/2003	1.952.350,67	1.952.350,75
28/02/2003	1.883.516,67	1.883.516,74
31/03/2003	1.991.045,67	1.991.045,62
30/04/2003	1.992.668,00	1.992.668,10
31/05/2003	2.188.869,33	2.188.869,47
30/06/2003	1.793.357,33	1.793.357,45
31/07/2003	1.822.924,33	1.822.924,46
31/08/2003	1.750.194,33	1.750.194,41



Período	Valor lançado(Fisco)	Valor real (Apuração do ICMS)
30/09/2003	1.646.736,67	1.646.736,82
31/10/2003	1.876.879,33	1.876.879,35
30/11/2003	1.813.156,00	1.813.155,95
31/12/2003	2.441.969,00	2.441.969,00

É de clareza meridiana a diferença entre quase todos os valores lançados pelo fiscal, tudo isso, podendo ser, facilmente, observado na aferição do Livro de Apuração do ICMS (cópia em anexo) e do malsinado demonstrativo de cálculo do auto de infração em destaque.

Mais uma vez resta apontado vício no presente auto, pois os referidos dados fazem parte do próprio objeto desse ato administrativo (auto de infração), posto que são através deles que se quantificam os valores devido ao Fisco.

HELY LOPES MEIRELLES conceitua, in verbis:

"Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações Preexistentes."

Como se vê, os valores, erroneamente, lançados pelo auditor compõem o requisito essencial do ato administrativo denominado objeto, e, sendo, o auto de infração espécie de ato plenamente vinculado, qualquer vício nos requisitos necessários à sua formação (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) seria suficiente para expurgá-lo do mundo jurídico.

Nessa esteira, posiciona-se o ilustre doutrinador mencionado quando afirma que "sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos."

MARCELO ALEXANDRINO, ao ensinar sobre os requisitos do ato administrativo, esgota qualquer dúvida, verbis:

"Constituem esses elementos os denominados requisitos do ato administrativo. São requisitos de validade, pois o ato que desatenda a um deles, ou seja, praticado em desacordo com o que a lei estabeleça para cada requisito, será nulo."

Logo, tendo em vista o erro grosseiro do fiscal, em que restou maculado o objeto do auto impugnado, cabe apenas a própria

Administração invalidar seu malsinado ato-administrativo, para que seja efetuada uma nova fiscalização.

Da desconsideração dos valores já recolhidos

Corroborando ainda a nulidade formal preliminarmente suscitada, em razão da não intimação do aumento do período a ser fiscalizado e mudança do agente público, bem como a nulidade material da falta de diligência do fiscal em esgotar todos os meios para realizar a tributação com base no lucro real, de bom alvitre apresentar, nessa sede recursal, que todos os valores recolhidos a título da sistemática do SIMPLES(doc. em anexo), não foram considerados pelo Fisco na quantificação do imposto devido.

Chega a ser um absurdo, a quantidade de vícios que estão encerrados no bojo do auto de infração guerreado, fato que certamente leva os contribuintes a cada vez mais se indignarem com as atitudes do Poder Público.

Ora, se, mesmo a título de SIMPLES, foram recolhidos os percentuais consignados nos DARF'S em anexo, referentes ao período fiscalizado pelo Poder Público, caberia, evidentemente, ao agente administrativo considerar todos os valores neles contidos, para efetuar um correto lançamento com as suas devidas deduções.

Administração X invalidação de seus atos

Vale destacar, também, que nada impede da própria Administração Pública corrigir os seus próprios atos quando eivados de vícios, sejam de ordem formal ou material, o que inclusive não se trata de faculdade, e sim de dever funcional, uma vez que jamais o Administrador pode se desviar da moralidade administrativa e interesse público.

É claro que, uma vez se eximindo de tal ofício, estará corroborando com a imoralidade e ilegalidade, assim como se afastando do interesse público, desgastando, somente, a sua pacífica relação com os administrados.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se manifestou reiteradamente, cujo entendimento se plasmou nas seguintes Súmulas, verbis:

"Súmula nº 346 - A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."

"Súmula nº 473 - A Administração pode ANULAR seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"

Sob este prisma, tendo em vista que a ação fiscal procedida pelo Auditor Fiscal está contaminada por vícios, resta a invalidação de pleno direito desse malsinado ato administrativo.

Por fim, é de bom alvitre destacar que o ato administrativo, uma vez fulminado pela nulidade, como ocorreu no caso em espécie, não se há de falar em convalidação do mesmo, já que no âmbito do direito público não se comportam as convalidações pertinentes ao direito privado.

HELY LOPES MEIRELLES, nesse sentido, posiciona-se, in verbis:

" a segunda é de que em direito público não há lugar para os atos anuláveis, como já assinalamos precedentemente. Isto porque nulidade (absoluta) e anulabilidade(relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse público e do interesse privado na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares o que só ocorre no direito privado embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público e tais são todos os atos administrativos – sua legalidade impõem se como condição de validade e eficácia do ato não se admitindo o arbítrio dos interessados para sua manutenção ou invalidação, porque isso ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal, é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido."

DÍOGENES GASPARIN leciona, litteris:

"Se os atos administrativos afrontam o ordenamento e, por essa razão são tido por inválidos, não cabe falar em convalidação(supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido..."

Assim, realmente entendendo esse Julgador os obstáculos normativos trazidos à baila nessas razões, ou seja, a impossibilidade de subsistência do auto de infração ora impugnado, não se poderia falar em tentativa de convalidação do mesmo.

CONSIDERAÇÕES DE MÉRITO(PIS)

Dos erros na apuração da base de cálculo

Da leitura do procedimento administrativo fiscal, afere-se que, após a contribuinte ter sido excluída do SIMPLES, diligenciou o agente fiscal no sentido de apurar a contribuição devida através do Livro de Apuração de ICMS.

Entretanto, a receita bruta da empresa foi apurada de forma equivocada, consubstanciando se patente a irregularidade incorrida pelo fazendário, vez que não analisou o vertente caso em conformidade com a legislação pertinente.

É absolutamente sabido que a base de cálculo do PIS configura a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, entretanto, excluem-se daquela determinados valores que se encontram enumerados na Lei nº 9.718/98.

Do demonstrativo de cálculo realizado pelo auditor fiscal, observa-se que o mesmo não levou em consideração o ICMS cobrado pelo vendedor(substituto tributário) sobre os bens utilizados nas atividades econômicas da empresa autuada, verbis:

"Lei 9.718/98 - Art 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1ºomissis.....

§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I-as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos de Industrializados IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou Prestador dos serviços na condição de substituto tributário."

Mister, então, transcrever, nessa sede, os valores utilizados pelo Fisco para apuração da base de cálculo, assim como apontar a real base a incidir a norma tributante, depois de deduzidas as importâncias pagas a título de ICMS ao vendedor das mercadorias, na condição de substituto tributário, verbis:

Período	Base de cálculo(apurada pelo Fisco)(Inadequada)	Base de Cálculo (após deduzido o ICMS)(adequada)	Substituição Tributária (valores do ICMS pagos ao substituto)
31/05/2001	377.759,00	210.782,11	137.781,88
30/06/2001	867.085,33	454.572,63	361.884,21
31/07/2001	1.238.192,67	711.349,74	458.419,99
31/08/2001	1.177.422,67	630.051,23	483.319,13
30/09/2001	1.182.642,00	649.232,46	480.702,58
31/10/2001	1.410.245,67	777.788,59	563.527,58
30/11/2001	1.422.060,33	752.654,23	593.434,53
31/12/2001	1.427.860,00	782.313,48	572.039,47
31/01/2002	1.620.626,67	894.211,07	638.660,48
28/02/2002	1.341.144,00	702.931,56	555.000,40
31/03/2002	1.438.972,00	761.468,28	589.360,13
30/04/2002	1.314.227,00	687.110,92	556.678,20
31/05/2002	1.240.633,33	689.026,66	494.351,04

30/06/2002	1.254.369,67	660.878,65	532.091,17
31/07/2002	1.482.124,00	805.225,25	595.209,18
31/08/2002	1.600.491,67	860.581,31	659.649,17
30/09/2002	1.635.561,67	856.274,60	688.330,69
31/10/2002	1.570.904,33	820.117,65	665.567,73
30/11/2002	1.799.803,67	919.206,07	792.579,41
31/12/2002	2.109.084,33	1.093.000,49	903.404,21
31/01/2003	1.952.350,67	983.216,94	850.755,71
28/02/2003	1.883.516,67	962.765,55	817.198,26
31/03/2003	1.991.045,67	1.012.535,89	877.173,88
30/04/2003	1.992.668,00	1.021.166,33	867.695,54
31/05/2003	2.188.869,33	1.124.182,80	950.591,80
30/06/2003	1.793.357,33	974.516,79	723.814,70
31/07/2003	1.822.924,33	1.008.271,62	710.699,61
31/08/2003	1.750.194,33	973.091,09	675.881,34
30/09/2003	1.646.736,67	975.568,45	575.085,07
31/10/2003	1.876.879,33	1.040.551,78	712.336,21
30/11/2003	1.813.156,00	1.055.861,45	640.907,01
31/12/2003	2.441.969,00	1.404.541,36	875.248,46

Em análise da tabela, facilmente, verifica-se a enorme diferença entre a base de cálculo utilizada pelo Fisco, e a correta base de cálculo apurada depois das devidas deduções do imposto pago ao substituto tributário(vendedor da mercadoria).

Um diferencial bastante significativo que torna inadmissível, portanto, a subsistência no mundo jurídico do malsinado auto de infração, uma vez que se encontra em total desconformidade com o ordenamento jurídico.

Ressalte-se, por fim, que a aferição dos valores pagos de ICMS ao substituto tributário, foram levantados com base nas notas fiscais de entrada de mercadorias, e que, em razão do numeroso volume, resguarda-se a autuada em colecioná-las, posteriormente, aos autos desse procedimento.

Como se não bastasse o erro grosseiro acima demonstrado, tão frágil ainda se demonstra o auto de infração guerreado, que pode ser atacado em todas suas dimensões.

Cogitando-se ainda a não sucumbência desse auto ante as razões de mérito supramencionadas admitindo-se tal fato somente em observância ao princípio da eventualidade aceitando, então, a base de cálculo irregular indicada pelo Fisco, vale destacar a existência de outros erros por parte do agente público na determinação da base de cálculo tributável.

Através da verificação do Livro de Apuração do ICMS da contribuinte, constata-se que o auditor retirou do mesmo os dados para quantificação da base de cálculo de cada período, informações essas lançadas, no auto de infração, de maneira dispare com a realidade, ou seja, o agente público se equivocou na apuração dos valores escriturados no livro mencionado.

Por isso, de bom alvitre a realização de um comparativo entre valores lançados pelo auditor fiscal e os valores reais escriturados no Livro de Apuração de ICMS(cópia em anexo).

Em análise da tabela, facilmente, verifica-se a enorme diferença entre a base de cálculo utilizada pelo Fisco, e a correta base de cálculo apurada depois das devidas deduções do imposto pago ao substituto tributário(vendedor da mercadoria).

Um diferencial bastante significativo que torna inadmissível, portanto, a subsistência no mundo jurídico do malsinado auto de infração, uma vez que se encontra em total desconformidade com o ordenamento jurídico.

Ressalte-se, por fim, que a aferição dos valores pagos de ICMS ao substituto tributário, foram levantados com base nas notas fiscais de entrada de mercadorias, e que, em razão do numeroso volume, resguarda se a autuada em colacioná-las, posteriormente, aos autos desse procedimento.

Como se não bastasse o erro grosseiro acima demonstrado, tão frágil ainda se demonstra o auto de infração guerreado, que pode ser atacado em todas suas dimensões.

Cogitando-se ainda a não sucumbência desse auto ante as razões de mérito supramencionadas admitindo-se tal fato somente em observância ao princípio da eventualidade aceitando, então, a base de cálculo irregular indicada pelo Fisco, vale destacar a existência de outros erros por parte do agente público na determinação da base de cálculo tributável.

Através da verificação do Livro de Apuração do ICMS da contribuinte, constata se que o auditor retirou do mesmo os dados para quantificação da base de cálculo de cada período, informações essas lançadas, no auto de infração, de maneira dispare com a realidade, ou seja, o agente público se equivocou na apuração dos valores escriturados no livro mencionado.

Por isso, de bom alvitre a realização de um comparativo entre valores lançados pelo auditor fiscal e os valores reais escriturados no Livro de Apuração de ICMS(cópia em anexo):

É de clareza meridiana a diferença entre quase todos os valores lançados pelo fiscal, tudo isso, podendo ser, facilmente, observado na aferição do Livro de Apuração do ICMS e do malsinado demonstrativo de cálculo do auto de infração em destaque.

Mais uma vez resta apontado vício no presente auto, pois os referidos dados fazem parte do próprio objeto desse ato administrativo (auto de infração), posto que são através deles que se quantificam os valores devido ao Fisco.

HELY LOPES MEIRELLES conceitua, in verbis:

"Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situação jurídicas concernentes a pessoas,

coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações Preexistentes."

Como se vê, os valores, erroneamente, lançados pelo auditor compõem o requisito essencial do ato administrativo denominado objeto, e, sendo, o auto de infração espécie de ato plenamente vinculado, qualquer vício nos requisitos necessários à sua formação (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) seria suficiente para expurgá-lo do mundo jurídico.

Nessa esteira, posiciona-se o ilustre doutrinador mencionado quando afirma que "sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições e eficácia para produzir efeitos válidos."

MARCELO ALEXANDRINO ao ensinar sobre os requisitos do ato administrativo, esgota qualquer dúvida, verbis:

"Constituem esses elementos os denominados requisitos do ato administrativo. São requisitos de validade, pois o ato que desatenda a um deles, ou seja, praticado em desacordo com o que a lei estabeleça para cada requisito, será nulo."

Logo, tendo em vista o erro grosseiro do fiscal, em que restou maculado o objeto do auto impugnado, cabe apenas a própria Administração invalidar seu malsinado ato administrativo, para que seja efetuada uma nova fiscalização.

DO PEDIDO

DIANTE DO EXPOSTO, ressoa o direito da autuada de requerer que V. Sa se digne em:

- a) Receber a presente Defesa;*
- b) Acatar as preliminares argüidas, anulando, pois, o auto de infração indicado em epigrafe;*
- c) Em não acatando as preliminares, acolher os motivos fáticos e jurídicos delineados, desobrigando a peticionante do pagamento dos débitos ora questionados, com a anulação do auto de infração impugnado;*
- d) Garanta o direito do contribuinte ter acesso às certidões possíveis;*
- e) Suspender qualquer medida administrativa tendente a executar o contribuinte em decorrência dos fatos ora expostos nesse ato de defesa, até o julgamento final do recurso ora interposto.*

P. Deferimento

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Fortaleza – CE, considerou procedentes os lançamentos efetuados, conforme acórdão nº 08-10.678 (fls.518/555), e ementas que seguem:

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE DO REGIME SIMPLIFICADO.

A pessoa jurídica cujo faturamento exceder ao limite previsto na legislação do SIMPLES e que não proceder a sua saída do sistema espontaneamente deve ser excluída de ofício do regime simplificado.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A não apresentação dos livros e documentos necessários à apuração do lucro real trimestral implica no arbitramento do lucro.

RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos do RIR/1999, acrescidos de vinte por cento.

DIVERGÊNCIA ENTRE A RECEITA INFORMADA NAS GUIAS INFORMATIVAS MENSAS DE ICMS E A DECLARADA AO FISCO FEDERAL (DIRPJ).

Não logrando a contribuinte justificar a diferença dos valores dos faturamentos consignados, em relação a idêntico período, nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - DIRPJ versus Guias de Informação Mensal de ICMS - GIM's, procede o lançamento com base nos valores efetivamente levantados pela fiscalização.

A constatação da existência de receitas operacionais da atividade lançadas e não declaradas, caracterizam o ilícito fiscal e justificam o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto.

COMPENSAÇÃO - PAGAMENTOS INDEVIDOS.

Os pagamentos efetuados pela sistemática do SIMPLES, quando a empresa foi excluída de ofício retroativamente, são indevidos e para sua restituição/compensação devem seguir os tramites da IN SRF nº 210 de 2002.

ÔNUS DA PROVA.

A atribuição do ônus da prova ao Fisco não o impede de efetuar o lançamento de ofício com base nos elementos de que dispuser, quando o contribuinte, obrigado a prestar declaração ou intimado a informar sobre fatos de interesse fiscal de que tenha ou deva ter conhecimento, se omite, recusa-se a fazê-lo, ou o faz insatisfatoriamente.

BUSCA DA VERDADE MATERIAL NOS CASOS DE ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A busca da verdade material, nos casos de arbitramento do lucro, se prende à verificação da efetiva ocorrência da situação fática para justificar tal forma de apuração do lucro e na análise dos dados utilizados para cálculo do lucro arbitrado.

BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO. PROVA.

Ao sujeito passivo cabe o ônus de provar sua atuação como substituto tributário, bem como discriminar operações e valores. Ausente tal comprovação, não se admitem as exclusões reivindicadas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

NULIDADE DA AÇÃO FISCAL.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento formalizado através de auto de infração.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO. MPF.

É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário. E, por estar comprovado que o procedimento fiscal foi efetuado de forma regular.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) foi concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores-Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada

e em benefício desta, há de subsistir em quaisquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não observância - na instauração ou na amplitude do MPF - poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

PRELIMINARES. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DOS MANDADOS COMPLEMENTARES.

O Mandado de Procedimento Fiscal, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento de controle administrativo. A ausência de ciência dos mandados complementares não torna nulo o lançamento, ainda mais quando tal informação foi devidamente disponibilizada na Internet.

Inconformada, a Contribuinte aviou recurso para este Conselho, aduzindo o seguinte:

- 1) Que todas as mudanças de auditores, durante o procedimento fiscal, deve ser comunicada ao sujeito passivo, vez que dano ao contribuinte e afronta o princípio da ampla defesa.
- 2) Que não obstante ser competente o Auditor, este não estava habilitado para atuar no presente processo, devido a não comunicação da mudança fiscal ao contribuinte.
- 3) Que a inobservância da legislação pertinente nos aspectos formais repercute ainda na própria estrutura do auto de infração, vez que suprime requisito fundamental para sua validade, qual seja a forma do ato administrativo.
- 4) Serem nulos os autos de infração, vez que o agente fiscal se encontrava impedido de lavrá-los, em face da ausência de intimação.
- 5) Não ser cabível uma decisão que negligencia o pedido da recorrente, apenas denegando de forma genérica seu pleito, sem qualquer motivação, deixando uma postulação legítima à margem do processo.
- 6) Que foi efetivada alteração no mandando de procedimento fiscal de abertura, tendo o MPF – C nº 03.1.01.00-2004-0063-0-2 prorrogado o período a ser fiscalizado, que restringia-se ao exercício de 2001 até dezembro de 2003, o que vicia o procedimento de fiscalização, eis que mais uma vez a recorrente não foi cientificada desta alteração.
- 7) Que a alteração do período não se trata de mera liberalidade, mas sim de medida extrema, que não deve ser feita à margem do conhecimento da recorrente, em razão dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
- 8) Que a recorrente era optante do Simples, não sendo obrigada a escriturar os livros razão e diário, mas apenas os livros caixa e registro de inventário, sendo que a



solicitação da fiscalização incidu justamente sobre os livros não obrigatórios, que por liberalidade facultada pela lei, a contribuinte não possuía.

9) Que não se trata de mera liberalidade da fiscalização a utilização do arbitramento, eis que possui caráter extremo, devendo o Fisco buscar primeiramente as vias ordinárias de avaliação do contribuinte.

10) Que como se não bastasse o absurdo jurídico do arbitramento do lucro auferido pela recorrente, através da verificação do Livro de Apuração do ICMS, restou comprovado que o auditor retirou do mesmos dados para quantificação da base de cálculo de cada período.

11) Que os valores lançados erroneamente pelo auditor compõe requisito essencial do ato administrativo denominado objeto e, sendo o auto de infração espécie de ato plenamente vinculado, qualquer vício nos requisitos necessários à sua formação seria suficiente para afasta-lo do mundo jurídico.

12) Que a recorrente foi excluída do Simples de ofício, tendo pago seus tributos de maneira regular, surpreendendo-se quando, posteriormente, além de excluído, não foi efetivada a compensação dos valores anteriormente pagos.

13) Que a compensação deveria ter sido feita antes do lançamento, para que este fosse consumado de forma correta, expressando de forma clara o que efetivamente for devido pela recorrente.

14) Que a própria Receita Federal reconhece a liquidez e certeza do crédito, não havendo, assim, motivos para a não ocorrência da compensação, que inclusive pode ocorrer com tributos advindos de naturezas diversas.

É o relatório

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e, atendidos os demais requisitos legais, dele conheço.

PRELIMINARES

Como preliminares, aduz, a Recorrente, que o presente auto de infração seria nulo de pleno direito posto ter havido a substituição, não comunicada ao contribuinte, do AFRF responsável pelo procedimento de fiscalização. Entende a Recorrente que tal fato é essencial para a validade do auto de infração e, a ausência de referida comunicação, torna nula toda a autuação levada a feito pela Fiscalização pois, apesar de o Auditor Fiscal possuir competência outorgada por lei, não possuía habilitação para funcionar no procedimento de fiscalização que culminou com lavratura do auto de infração.



24

Sem razão o Recorrente.

O mandado de procedimento fiscal, à época previsto na Portaria nº 3.007/2001 do Ministério da Fazenda, é instrumento interno de controle da Receita Federal na condução do procedimento administrativo de fiscalização, sendo que eventuais irregularidades na sua expedição não implicam em nulidade do lançamento realizado.

Assim, apesar das extensas razões apresentadas pela Contribuinte, não há respaldo legal para se reconhecer a nulidade ora apontada. Em verdade, segundo o Decreto nº 70.235, para a lavratura do auto de infração, é imperioso que o AFRF esteja no exercício de suas funções. Mas não é imposição legal que a autoridade que lavra o auto de infração seja a mesma que conduziu o procedimento de fiscalização. Afinal, se existe um princípio de "Juiz Natural" no processo judicial, e ainda assim a autoridade judiciária é passível de substituição, com mais razão ainda de não se aceitar o argumento da Recorrente, posto inexistir, na Ordem Jurídica nacional, um princípio do "Fiscal Natural".

Rejeito assim, a preliminar.

Quanto à alegação de que o auto de infração abordou tributos e períodos não previstos no MPF original, verifico se trata, em verdade, das verificações obrigatórias do Agente de Fiscalização, em identificar a correção dos tributos recolhidos, mesmo que não haja previsão expressa no MPF. Outrossim, como já salientado, o MPF é instrumento de controle da administração fiscal, e não de garantia de defesa do contribuinte. Isso porque o processo administrativo tem início, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235, com a apresentação, pelo Contribuinte de sua impugnação. Somente neste momento se instaura a sua fase litigiosa, na qual é assegurada a ampla defesa.

Ratifica-se, aqui também, a farta jurisprudência citada na decisão recorrida, que ratifica o entendimento ora expandido, a saber:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. (Acórdão nº 203-08483 de 16/10/2002 - Relator: Lina Maria Vieira).

PAF. MPF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) advém de norma administrativa que tem por objetivo o gerenciamento da ação fiscal. Por tal, eventuais vícios em relação ao mesmo, desde que evidenciado que não houve qualquer afronta aos direitos do administrado, não ensejam a nulidade do lançamento. (Acórdão nº 201-77049 de 02/07/2003 - Relator: Jorge Freire).

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. (...) (Acórdão 107-07268 de 13/08/2003 - Relator: Octávio Campos Fischer).

MPF. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) fora concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada e em benefício desta, há de subsistir em quaisquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não-observância - na instauração ou na amplitude do MPF - poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. (Acórdão 107-06797 de 18/09/2002 - Relator: Neicyr de Almeida).

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF - A atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária. Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverência o princípio da pessoalidade. Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não tem o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. (Acórdão 107-06820 de 16/10/2002 - Relator: Luiz Martins Valero)

MPF – DESCUMPRIMENTO DA PORTARIA SRF 1265/99 – NULIDADE – O desrespeito ao prazo previsto na Portaria SRF 1265/99, não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores, porque Portaria do Secretário da Receita Federal não pode interferir na investidura de competência do AFRF de fiscalizar e promover lançamento; ademais, o art. 13 dessa Portaria não traz como consequência a nulidade do ato.

(Acórdão 108-07523 de 10/09/2003 - Relator: José Henrique Longo).

NORMAS PROCESSUAIS – MPF – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - RECURSO EX OFFICIO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos do Decreto-lei nº 2.354/54, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração. Recurso de ofício a que se dá provimento. (Acórdão 107-06952 de 29/01/2003 - Relator: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Acórdão 105-14070 de 19/03/2003 - Relator: Nilton Pess).

PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário. E, por estar comprovado que o procedimento fiscal foi efetuado de forma regular. (Acórdão 106-13188 de 30/01/2003 - Relator: Luiz Antonio de Paula).

Rejeito, também aqui, a preliminar de nulidade argüida.

MÉRITO

No mérito, tem-se que a Recorrente foi desenquadrada do SIMPLES por apresentar receita bruta superior ao limite legal. No curso da fiscalização, identificou-se, ainda, que a Recorrente não possuía os livros e registros contábeis suficientes ao seu enquadramento no lucro presumido, assim como não era possível pelas informações apresentadas, apurar a tributação devida pelo lucro real.

Procedeu, assim, a Autoridade Fiscal, o arbitramento do seu lucro, tomando por base a receita conhecida. E outro não é, numa hipótese como a presente, caso de arbitramento do lucro, nos termos do art. 530 do RIR/99, *in verbis*:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II – a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV – o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V – o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI – o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.”

Ora, foi a própria contribuinte que, em resposta à intimação da Autoridade Fiscal, asseverou que “a nossa empresa não dispõe de escrituração contábil (livro diário e razão) nos calendários de 2001, 2002 e 2003, portanto, deixamos de apresentar referidos livros.”

Diante da recusa da apresentação, ou da inexistência, dos livros fiscais a que está obrigada a escritura, a empresa submete-se ao arbitramento como forma de identificação do montante do tributo devido.

Deve, assim, ser afastado o argumento apresentado, negando-se provimento ao recurso, neste particular.

ERRO NA BASE DE CÁLCULO

Alega a Recorrente que, para fins do arbitramento, a Autoridade Fiscal tomou, indevidamente, como base os valores registrados na movimentação da empresa para fins de recolhimento do ICMS. Ainda, assevera que os valores oriundos dessa informação (do ICMS) são divergentes daqueles tomados como receita da empresa.

A divergência identificada pela DRJ de fato foi apontada, mas em valores ínfimos e desfavoráveis à Fazenda Pública. Veja-se:

Compulsando-se os autos, verifica-se que aludidas diferenças são irrisórias e ao contrário do que entende a autuada o somatório das irrelevantes diferenças não a beneficiam, considerando que o somatório dos valores lançados pelo fisco(R\$ 50.664.943,67) é inferior ao alegado pela autuada como constante no livro de apuração de ICMS(R\$ 50.681.857,79), conforme abaixo demonstrado:

<i>Período</i>	<i>Valor lançado(Fisco)</i>	<i>Valor real (Apuração do ICMS)</i>
31/05/2001	377.759,00	377.758,84
30/06/2001	867.085,33	867.085,18
31/07/2001	1.238.192,67	1.238.192,66
31/08/2001	1.177.422,67	1.177.422,57
30/09/2001	1.182.642,00	1.182.641,93
31/10/2001	1.410.245,67	1.410.245,65
30/11/2001	1.422.060,33	1.424.990,85
31/12/2001	1.427.860,00	1.441.910,01
31/01/2002	1.620.626,67	1.620.626,82
28/02/2002	1.341.144,00	1.341.144,00
31/03/2002	1.438.972,00	1.438.971,92
30/04/2002	1.314.227,00	1.314.226,99
31/05/2002	1.240.633,33	1.240.633,47
30/06/2002	1.254.369,67	1.254.369,59
31/07/2002	1.482.124,00	1.482.123,88
31/08/2002	1.600.491,67	1.600.491,53
30/09/2002	1.635.561,67	1.635.561,64
31/10/2002	1.570.904,33	1.570.904,26
30/11/2002	1.799.803,67	1.799.803,60
31/12/2002	2.109.084,33	2.109.084,28
31/01/2003	1.952.350,67	1.952.350,75
28/02/2003	1.883.516,67	1.883.516,74
31/03/2003	1.991.045,67	1.991.045,62
30/04/2003	1.992.668,00	1.992.668,10
31/05/2003	2.188.869,33	2.188.869,47
30/06/2003	1.793.357,33	1.793.357,45
31/07/2003	1.822.924,33	1.822.924,46
31/08/2003	1.750.194,33	1.750.194,41
30/09/2003	1.646.736,67	1.646.736,82
31/10/2003	1.876.879,33	1.876.879,35
30/11/2003	1.813.156,00	1.813.155,95
31/12/2003	2.441.969,00	2.441.969,00
	50.664.943,67	50.681.857,79

Ora, sem razão o Contribuinte em sua queixa.

O fato de ter havido uma diferença mínima não nulifica a integralidade do auto de infração, principalmente quando essa diferença favorece a Recorrente, reduzindo a base de cálculo a ser considerada para fins de tributação.

Diante do exposto, deve ser igualmente afastada a razão recursal.

DESCONSIDERAÇÃO DE VALORES JÁ RECOLHIDOS

A Recorrente foi excluída do SIMPLES por meio do ato declaratório executivo DRF/FOR nº 16, de 23 de março de 2004, com efeitos vigentes a partir de maio de 2001, conforme se extrai do documento de fls. 88.

Reclama a Contribuinte, no recurso, que, tendo havido arbitramento dos tributos devidos à Receita Federal do Brasil, não foram deduzidos os valores pagos no âmbito do SIMPLES, da apuração do tributos devidos e objeto do presente lançamento.

Em análise desta pretensão, entendeu a DRJ que referidos pagamento, ante a exclusão do contribuinte do SIMPLES, caracterizam-se como pagamento indevido, sujeitando-se, assim, ao pedido de restituição e compensação, conforme prescrição das normas gerais vigentes no âmbito da administração tributária. Veja-se:

No ano-calendário de 2001, tendo sido excluído do SIMPLES o contribuinte deveria ter efetuado o requerimento junto a SRF para efetuar a compensação dos valores pagos a maior com os valores devidos dos impostos e contribuições (IRPJ, CSSL, PIS e COFINS). É importante lembrar que seria obrigação da pessoa jurídica comunicar sua exclusão do SIMPLES sempre que superar os limites de receita bruta para permanência no sistema e que a exclusão de ofício foi efetuada pela falta de cumprimento das determinações legais pelo contribuinte.

Não cabe no SIMPLES a argumentação que se trata de tributos de mesma espécie, o recolhimento efetuado unificadamente contempla diversos tributos com destinações diversas, não podendo ser efetuada a compensação como se todos tivessem a mesma espécie. O contribuinte teria que solicitar a compensação através de processo específico.

Contudo, o contribuinte não efetuou o requerimento de compensar, ficando com débitos abertos do IRPJ, CSSL, COFINS e PIS, como apurados pela fiscalização nos autos de infração. Após o início do procedimento fiscal o contribuinte perdeu a espontaneidade para efetuar a extinção do crédito tributário devido e apurado de ofício, ou seja, perdeu o contribuinte a espontaneidade para pagar ou compensar sem a aplicação da multa de ofício.

No lançamento de ofício a fiscalização procede à verificação dos débitos da contribuinte junto a SRF e constitui o crédito tributário, cabendo ao contribuinte impugnar o crédito ou extinguir através do pagamento ou da compensação com direitos que tenha. Esta decisão cabe ao contribuinte e não à autoridade fiscal e nem à autoridade julgadora.

Não entendo dessa forma.

Tendo o contribuinte sido excluído do SIMPLES, por meio de ato declaratório com efeitos retroativos, ignorar as parcelas pagas, ainda que no âmbito do SIMPLES, a título dos mesmos tributos objeto de lançamento, consistiria em dupla incidência tributária, de forma a provocar ônus ilegal e indevido ao contribuinte.

Não há dúvidas que o Contribuinte, como bem ressaltou a DRJ, deveria ter se auto-excluído do regime e colhido, desde 2001, os seus tributos de forma ordinária, pelo lucro real ou presumido, e não por meio do SIMPLES. No entanto, se não o fez, submete-se a apuração ordinária, no caso, por meio de arbitramento, mas esta medida – arbitramento –, não pode configurar penalidade ao Recorrente.

Tomar como razão de negativa do aproveitamento dos créditos a ilegalidade praticada pelo contribuinte que não se auto-excluiu do SIMPLES implica em transformar a tributação em penalidade, o que não tem cabida.

Desta feita, entendo que, dos valores apurados no presente auto de infração, devem ser excluídos os valores dos respectivos tributos recolhidos no âmbito do SIMPLES, no limite do seu efetivo recolhimento.

É este o entendimento deste Conselho, *in verbis*:

Nº Recurso 156890 -Número do Processo 13855.001237/2005-11 -Turma 1ª Câmara

Contribuinte IRMAOS PATROCINIO LTDA

Tipo do Recurso Recurso Voluntário - Outros Recurso de Ofício
- Outros-Data da Sessão 13/08/2008

Relator(a) Sandra Maria Faroni

Nº Acórdão 101-96847 -Tributo / Matéria IRPJ - AF- lucro presumido(exceto omis.receitas pres.legal)

Decisão Decisão: 1) Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares. 2) Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso de ofício, para restabelecer a qualificação da multa em 150%, vencidos os conselheiros Valmir Sandri, Marcos Vinicius Barros Ottoni e Antonio Praga, que negavam provimento integral. 2) No mérito, por unanimidade votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para determinar a subtração dos recolhimentos na sistemática do SIMPLES, cuja base de cálculo foi incluída no lançamento na modalidade Lucro Presumido. Ausente justificadamente o Conselheiro Sidney Ferro Barros.

Ementa Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2002 a 2004 Ementa: PERÍCIA - Não se justifica a realização de perícia se os elementos constantes dos autos são suficientes para formação da convicção do julgador quanto às dúvidas que o pedido de perícia busca esclarecer com os quesitos formulados. OMISSÃO DE RECEITAS- FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE RECEITAS RECEBIDAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA- DUPLICIDADE DA TRIBUTAÇÃO. Ainda que durante o procedimento de fiscalização o contribuinte refaça sua escrituração para nela incluir a movimentação bancária antes omitida, a não apresentação da prova da origem dos valores depositados, impossibilita a fiscalização de vinculá-los aos pagamentos de cartões de crédito, não caracterizando duplicidade de tributação. COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS - SIMPLES - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - Se houve recolhimento de tributo, na modalidade de SIMPLES, relativo aos mesmos períodos fiscalizados, há de ser reconhecido o direito do contribuinte em compensar os valores assim determinados, de acordo com cada rubrica de destinação, com os créditos tributários constituídos em lançamento de ofício. MULTA DE OFÍCIO - QUALIFICAÇÃO - A não escrituração dos depósitos bancários nos livros contábeis e fiscais demonstra

*intenção de fraude, justificando a qualificação da multa. RO
Provido em Parte e RV Provido em Parte.*

*Nº Recurso 164265 -Número do Processo 15956.000029/2007-
54 -Turma 1ª Câmara*

Contribuinte ROZENDO CARVALHO E CIA LTDA

*Tipo do RecursoRecurso Voluntário - Outros-Data da Sessão
15/08/2008*

Relator(a) Sandra Maria Faroni

*Nº Acórdão 101-96886 -Tributo / MatériaIRPJ - AF- lucro
presumido(exceto omis.receitas pres.legal)*

*Decisão Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e
DAR provimento PARCIAL ao recurso para determinar que,
observadas as regras de partição fixadas no art. 23 da Lei nº
9.317/96, os valores relativos ao IRPJ e à CSLL, recolhidos pelo
contribuinte de forma unificada, sejam deduzidos dos valores de
IRPJ e de CSLL, apurados de ofício. Ausentes justificadamente
os Conselheiros Aloysio José Percinio da Silva e Alexandre
Andrade Lima da Fonte Filho.*

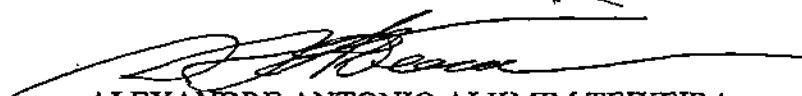
*Ementa Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -
IRPJ Ano-calendário: 2002 Ementa: SIGILO BANCÁRIO-
Prescinde de autorização judicial e não caracteriza ilegalidade a
obtenção de informações financeiras a partir de requisição feita
na forma prevista na legislação, mediante Requisição de
Movimentação Financeira, motivada pela indispensabilidade do
exame, representada pelo não atendimento a intimação para
exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração
das atividades do sujeito passivo, e para o fornecimento de
informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou
atividade. DECADÊNCIA - Nos tributos cujo lançamento,
conforme legislação específica, seja por homologação, o termo
inicial para a contagem do prazo de decadência é a data de
ocorrência do fato gerador, exceto quando se tratar de dolo,
fraude, ou simulação, o que desloca o termo para o previsto no
art. 173 do CTN. OMISSÃO DE RECEITAS- PRESUNÇÃO
LEGAL- A presunção legal de omissão de receitas exige do fisco
apenas a comprovação do fato indício, no caso, existência de
depósitos bancários cuja origem o contribuinte não comprove.
COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS - SIMPLES -
LANÇAMENTO DE OFÍCIO - Estando provado nos autos o
recolhimento de tributo, na modalidade de SIMPLES, relativo
aos mesmos períodos fiscalizados, há de ser reconhecido o
direito do contribuinte em compensar os valores assim
determinados, de acordo com cada rubrica de destinação, com
os créditos tributários constituídos em lançamento de ofício.
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. É aplicável a multa de
ofício qualificada de 150 %, naqueles casos em que restar
constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita
reiterada ao longo do tempo, descaracteriza o caráter fortuito do
procedimento, evidenciando o intuito doloso tendente à fraude.*

JUROS À TAXA SELIC -A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4). Recurso Voluntário Provido em Parte.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, neste particular, para que sejam deduzidos, do montante do tributo apurado, os valores recolhidos a mesmo título no âmbito do SIMPLES.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidade e dou parcial provimento ao recurso, para que sejam deduzidos, do montante dos tributos apurados, os valores recolhidos a mesmo título no âmbito do SIMPLES.


ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

Processo nº : 10380.003882/2004-23
Acórdão nº : 1401-00.140

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 09 de abril de 2010

Maristela de Sousa Rodrigues
Maristela de Sousa Rodrigues – Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração.