

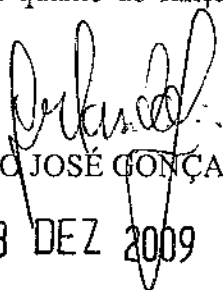


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10380.011299/2004-96
Recurso nº 152.081
Resolução nº 1202-00.021 – 2ª Câmara / 2ª Turma ordinária
Data 03 de novembro de 2009
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente E. C. Supermercado Ltda.
Recorrida 3ª Turma / DRJ- Fortaleza / CE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência mediante resolução, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Luciano Inocência dos Santos, que anulava a decisão de primeira instância para intimar a pessoa jurídica quanto ao lançamento de ofício e os demais sócios não intimados sobre o auto de infração


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO – Vice Presidente e Relator.

EDITADO EM: 08 DEZ 2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada), Luciano Inocência dos Santos (suplente convocado), Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno (Vice presidente de turma), Mario Sergio Barroso (Suplente convocado). Ausente, justificadamente, o conselheiro Nelson Lósso Filho (Presidente de turma).

Relatório

Trata-se de AIIM referente ao IRPJ e acessórios em PIS, CSLL e COFINS, Anos-Calendários de 1.999 à 2001, lavrado em face da contribuinte E.C. SUPERMERCADO LTDA e dos responsáveis solidários EVANDRO FREITAS DA CRUZ (sócio da empresa); FÁBIO LUIS MOURA LIMA e MANOEL PEREIRA LIMA (ambos na qualidade de responsáveis pela empresa), em decorrência de Procedimento Administrativo de Fiscalização lançado sob os fundamentos de suposta omissão de receita, acrescidas de multa de ofício de 150% e juros de mora.

Durante o procedimento de fiscalização foram apuradas supostas irregularidades decorrentes de:

001 – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO CONTABILIZADOS.

Omissão de receita operacional, apurada com base em depósitos mantidos em conta corrente à margem de escrituração.

002 – OMISSÃO DE RECEITAS

Omissão de receitas referente ao mês de maio/2002, apurada através do extrato do Sistema GIM, da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, uma vez que o referido valor não se encontra escriturado nos livros contábeis e fiscais da empresa.

Informa ainda que a empresa apresentou para o ano calendário de 2.002, declaração pelo lucro presumido, em branco, e não realizou nenhum pagamento a este título, razão pela qual não se considera que foi efetivada a opção da empresa para apuração do lucro pelo regime presumido, porém, intimada, apresentou livros contábeis e fiscais com a escrituração do ano calendário de 2.002, sendo procedido o presente lançamento com base no lucro real.

Descreve o Auditor-Fiscal em seu Relatório de Verificação que o presente procedimento iniciou-se na pessoa física do SR. FÁBIO LUIS MOURA LIMA, a fim de que este esclarecesse a incompatibilidade de recursos movimentados em suas contas bancárias, tendo em vista sua situação de isento manifestada em suas declarações de rendimentos apresentadas à SRF.

Em resposta, alegou que estes recursos pertenciam às empresas M. PEREIRA LIMA & CIA e MANOEL PEREIRA LIMA & FILHO LTDA (atual E.C. SUPERMERCADO LTDA), conforme demonstrativo apresentado, das quais o mesmo era sócio juntamente com o seu pai. Nesta oportunidade, apresentou os Livros de Escrituração Contábil e Fiscal das referidas empresas (Diário e Razão).

A fiscalização, após proceder a circularização, detectou que vários cheques sacados da conta da pessoa física do SR. FÁBIO LUIS MOURA LIMA, serviam de pagamento de compras pertencentes às mencionadas empresas.

Diante destes fatos, acatou a Autoridade Administrativa que os recursos movimentados na conta bancária do Sr. Fábio Luis Moura Lima, pertenciam de fato às



empresas M. PEREIRA LIMA & CIA e MANOEL PEREIRA LIMA & FILHO LTDA (atual E.C. SUPERMERCADO LTDA), das quais ele era sócio juntamente com seu pai.

Entretanto, entendeu a Autoridade Administrativa que não há como acatar a tese de que os depósitos realizados na referida conta correspondiam às receitas escrituradas nos livros contábeis das referidas pessoas jurídicas, tendo em vista não fazer nenhuma prova material, sendo lembrado ainda que, à época dos fatos, estas já possuíam suas próprias contas bancárias.

Sendo assim, foi procedido o rateio destes recursos na proporção de 50% para cada empresa e, sendo que tais depósitos não foram escriturados na contabilidade, apesar de afirmado pelos próprios representantes destas serem provenientes de receitas por elas auferidas, é de concluir-se pelo enquadramento do fato à hipótese preconizada no art. 42, parágrafo 2º, da Lei 9.430/96, para o fim de considerar os valores como provenientes de receitas operacionais mantidas à margem da escrituração.

Quanto a responsabilidade tributária, verificou-se que no mês de Maio/2002 foi procedida a transferência societária para a pessoa de EVANDRO FREITAS DA CRUZ e MARA CILENE DA SILVA, pessoas estas simples e sem condição financeira de adquirir e administrar a empresa ora fiscalizada. Constatou-se que, tão logo realizou-se a suposta transferência societária, a empresa deixou de operar.

Por fim, verificou-se ainda que mesmo após a suposta transferência societária, o SR. MANOEL PEREIRA LIMA permaneceu, perante a instituição financeira, como responsável pela movimentação da referida conta bancária da pessoa jurídica, e ainda na posse dos livros contábeis e fiscais, os quais foram apresentados em atendimento a fiscalização.

O presente Auto de Infração foi encaminhado e recebido na data de 09.12.2004 para EVANDRO DE FREITAS DA CRUZ (fls. 620), na qualidade de sócio da empresa, e às pessoas de MANOEL PEREIRA LIMA (fls. 622) e FÁBIO LUIS MOURA LIMA (fls. 621), ambas na qualidade de responsáveis pela empresa fiscalizada. Não foram encaminhadas cópias dos AIIM à empresa E.C. SUPERMERCADO LTDA e nem à sócia MARA CILENE DA SILVA.

Somente as pessoas de MANOEL PEREIRA LIMA e FÁBIO LUIS MOURA LIMA, tempestivamente, apresentaram suas Razões de Impugnação, de onde se extrai em apertada síntese que:

Não se pode admitir que o não pagamento de tributos configure infração de lei capaz de ensejar a responsabilidade dos sócios; quanto mais quando se trata de um ex-sócio, que não praticou qualquer ato de gerência que contribuísse para este não pagamento;

De fato a empresa E. C. Supermercado movimentou pequena quantia de dinheiro na citada conta bancária; contudo tal quantia não corresponde à 50% dos valores movimentados e que todos os valores foram devidamente escriturados e declarados;

Conforme verifica-se nos presentes autos, inexistem "Mandados de Procedimentos Fiscais Complementares" posterior à data de 07 de junho de 2.004, sendo forçoso concluir que todos os atos praticados pelo agente fiscal, após esta data, são nulos de pleno direito.



Aduz ainda o cerceamento da ampla defesa e falta de contraditório, tendo em vista que o Autuado não teve acesso a esta ampla documentação apresentada e até então desconhecida, lhe sendo dado exíguo prazo de 30 dias para responder e esclarecer dezenas de páginas, inviabilizando a defesa do autuado. Invoca ainda que a omissão de receitas mantidas em depósitos bancários, só poderia ser caracterizada após a regular intimação do contribuinte para comprovar a sua origem, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.

Invoca que, em que pese a presunção legal autorizar que se conclua pela omissão de receitas, está não é permissiva para que se presuma também o "evidente intuito de fraude", exigindo que se prove a presença de elemento subjetivo na conduta do contribuinte;

Descreve a ocorrência do instituto de decadência para os períodos anteriores à 1º de dezembro de 1999, tendo em vista o presente lançamento ter-se efetivado em 1º de dezembro de 2.004, fundamentando sua explanação no art. 150 do CTN

No mérito, defende que o agente fiscal, sem qualquer embasamento legal, presumiu que a ora autuada, juntamente com outra empresa, teria movimentado 50% cada uma dos valores creditados na conta corrente de propriedade exclusiva de uma terceira pessoa, sendo que o art. 58 da Lei 10.637/02, em seu parágrafo 6º determina aplicação deste dispositivo somente na hipótese de conta corrente mantida em conjunto, que não é o caso presente;

Aduz ainda que os valores dos depósitos efetuados na conta corrente de terceiro não podem servir de base de cálculo dos presentes tributos, por não ser pressuposto suficiente para o fato gerador, fundamentando-se em jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes.

Especificamente à COFINS, invoca que mesmo que esta fosse devida, ainda sim não seria na alíquota de 3%, tendo em vista a Lei nº 9.718/98 ser flagrantemente inconstitucional por revogar uma lei hierarquicamente superior, qual seja, à Lei Complementar nº 70/91. Por esta razão, requer seja apurado eventual crédito sob a alíquota de 2%, nos ditames da LC nº 70/91.

Por fim, pugna pelo benefício da compensação prevista na Lei 9.718/98, onde 1/3 da COFINS poderia ser compensada com a CSLL; invoca a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC e requer a adequação e redução da multa de ofício, tendo em vista a não comprovação de agir com intuito de fraudar o FISCO.

Em vista aos argumentos apresentados pelo Contribuinte, a DRJ DE FORTALEZA /CE manifestou-se nos termos seguintes:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ

Ano-calendário: 1999,2000,2001

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receitas a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, de direito ou de fato, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; a presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o

contribuinte, que pode refutar a presunção mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

**CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL.
CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.**

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.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/1998.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a partir do ano-calendário de 1999, será de três por cento (3%) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

A base de cálculo da Cofins, a partir da edição da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, passou a ser o faturamento, considerado como a receita bruta das empresas, composto pelas receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, excluindo-se da tributação as hipóteses de dedução e isenção expressamente permitidas em norma legal.

COMPENSAÇÃO. COFINS VERSUS CSLL.

No período de 02/1999 a 12/1999, a Lei nº 9.718, de 1998, autorizou a compensação com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido de até 1/3 do valor efetivamente pago a título da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

A compensação de crédito relativo a 1/3 (um terço) da Cofins efetivamente paga com débitos da CSLL pode ser utilizada para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 1999,2000,2001

Ementa: NULIDADE. MATÉRIA PRELIMINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS. ENQUADRAMENTO LEGAL. CONSONÂNCIA.

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 quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem, quer do documento que formalizou a exigência fiscal.

Não há que se falar em nulidade do lançamento se a descrição dos fatos foi fartamente demonstrada no auto de infração, e tais fatos em perfeita consonância com o enquadramento legal, não havendo infringência ao art. 10, III e IV, do Decreto nº 70.235/1972.



NULIDADE DO LANÇAMENTO X CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Os atos internos lavrados pela Administração Tributária para deflagrar o procedimento fiscal de lançamento não enseja a nulidade do ato de constituição do crédito tributário, não se caracterizando nenhuma irregularidade e/ou ilegalidade da Administração nesse sentido, compatíveis, assim, com a fase oficiosa do lançamento. O contraditório somente instaura-se com a ciência do feito fiscal pelo contribuinte, quando a partir de então este pode exercer plenamente o seu direito de defesa.

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 DA PRORROGAÇÃO.

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

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 1999, 2000, 2001 Ementa: DECADÊNCIA.

No lançamento de ofício, relativo ao imposto de renda pessoa jurídica e seus reflexos, é aplicável a regra contida no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

CONTRIBUIÇÕES. PRAZO DECADENCIAL.

O prazo previsto para a constituição de créditos relativos às contribuições administradas pela SRF é de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

MULTA QUALIFICADA



Nos casos de evidente intuito defraude, aplica-se a multa qualificada.

MULTA DE OFÍCIO: NATUREZA NÃO CONFISCATÓRIA.

Não tem caráter confiscatório a multa de ofício aplicada sobre o valor do imposto ou contribuição apurado, quando o percentual da referida multa, como acessório do principal, for compatível com o gravame tributário, inclusive no tocante a graduação do ilícito fiscal praticado pelo contribuinte.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ALCANCE.

A função das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, como órgãos de jurisdição administrativa, consiste em examinar a consentaneidade dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, não lhes sendo facultado pronunciar-se a respeito da conformidade da lei, validamente editada, com os demais preceitos emanados pela Constituição Federal.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A DRJ tem competência para afastar a aplicação de dispositivo legal apenas quando este tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A apreciação da constitucionalidade ou não e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar a legislação vigente.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado

Lançamento Procedente em Parte.

Proferido Acórdão, o mesmo foi encaminhado por via postal com aviso de recebimento tão somente ao contribuinte E. C. SUPERMERCADO LTDA, conforme documento de fl. 736, sendo recebido na data de 01.08.2005.

E. C. SUPERMERCADO LTDA, na data de 30.08.2005, interpôs suas razões de Recurso Voluntário contra a decisão proferida pela 3ª TURMA DA DRJ/FORTALEZA – CE, que julgou procedente em parte a exigência fiscal, reiterando integralmente os argumentos apresentados em sede de impugnação pelos responsáveis solidários MANOEL PEREIRA LIMA e FÁBIO LUIS MOURA LIMA, acrescentando-se como fato novo o fundamento de que no ato da lavratura do AIIM, deveria o i. Auditor Fiscal ter excluído os valores declarados e autuado tão somente os valores que excedessem os valores já presentes em sua declaração, sendo que no presente caso, uma vez que os valores depositados são inferiores à renda declarada, é cristalina a necessidade de a presente autuação ser julgada improcedente.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Orlando J. G. Bueno, Relator

Verifica-se nos presentes autos que, ainda na fase de lançamento do crédito tributário, a autoridade administrativa deixou de notificar nominalmente o contribuinte E.C. SUPERMERCADO LTDA dos lançamentos dos créditos tributários lançados em seu nome e descritos nos respectivos AIIM, não abrindo assim o prazo legal para este apresentar suas razões de impugnação, instruídas com os documentos em que se fundamentar, nos termos do art. 15 do Decreto N.º 70.235/72.

Neste mesmo sentido, diga-se a respeito da atual sócia da empresa-contribuinte, SRA. MARIA CILENE DA SILVA, a qual também não foi notificada do presente lançamento e tampouco apresentou suas razões defensórias iniciais.

Quanto ao responsável solidário e atual sócio da empresa, SR. EVANDRO FREITAS DA CRUZ, verifica-se que este foi regularmente intimado nos termos do art. 23 do Decreto n.º 70235/72, conforme AR de fl. 620, deixando, porém, de apresentar suas razões defensórias primeiras. Diante deste fato, considera-se quanto a este não impugnado o lançamento e a acusação de responsabilidade solidária tributária, nos termos do art. 17 do já referido Decreto.

Por último, verifica-se que aos responsáveis solidários MANOEL PEREIRA LIMA e FÁBIO LUIS MOURA LIMA, imputados como responsáveis solidários e pessoais pela pessoa jurídica E.C. SUPERMERCADO LTDA, foram regularmente intimados e, em decorrência, apresentaram tempestivamente suas razões de impugnação às fls. 626/657 e fls. 623/624 respectivamente.

Entretanto, verifica-se que aos respectivos instrumentos de procuração, acostados às fls. 658 e 625, os mesmos deixaram de juntar fotocópias de seus documentos pessoais, tais como Cédula de Identidade (R.G.), Cadastro de Pessoa Física (CPF/MF) e comprovante de endereço, razão pela qual deverão ser intimados pela DRF à regularizarem sua representação processual.

Não obstante, verifica-se às fls. 731/736 dos presentes autos que, após proferido o acórdão de fls. 674/729, este foi enviado exclusivamente ao contribuinte E. C. SUPERMERCADO LTDA, para ciência do contribuinte e para que, no prazo de 30 dias, contados a partir do recebimento desta, o mesmo proceda o recolhimento dos débitos, sendo-lhe facultado no mesmo prazo, apresentar Recurso Voluntário ao Conselho Administrativo de Recurso Fiscais.

Cumpra aqui ressaltar que a autoridade administrativa deixou de proceder a ciência do v. acórdão aos responsáveis solidários, MANOEL PEREIRA LIMA e FÁBIO LUIS MOURA LIMA, então únicos impugnantes do lançamento, conforme determina o art. 23 do Decreto 70235/72.

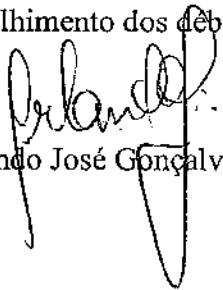
Por fim, tendo a autoridade administrativa procedido a notificação à contribuinte E. C. SUPERMERCADO LTDA, essa apresentou tempestivamente suas razões de Recurso Voluntário, assinado por suposto procurador, sem o mesmo, no entanto, apresentar o devido instrumento de procuração outorgado pelo sócio-administrador da empresa-contribuinte, com a



respectiva fotocópia autenticada do Contrato Social atualizado, regularizando assim sua representação processual.

Diante do exposto, sou por propor a conversão do presente julgamento em diligência, baixando os presentes autos ao órgão de origem para que sejam sanadas as mencionadas irregularidades de representações processuais, intimando:

- (i) a contribuinte E.C. SUPERMERCADO LTDA para que proceda a juntada aos autos do instrumento de procuração, devidamente outorgado ao procurador que assina o presente Recurso Voluntário, anexando fotocópia autenticada e da época dos fatos infracionais do Contrato Social;
- (ii) aos responsáveis solidários, quais sejam MANOEL PEREIRA LIMA e FÁBIO LUIS MOURA LIMA para que regularizem também sua representação processual, juntando fotocópia dos documentos pessoais;
- (iii) e, ainda, encaminhe cópia do AR e cópia da intimação do acórdão remetido a Manoel Pereira Lima e Fábio Luiz Moura Lima, intimando-os para que no prazo de 30 dias, contados a partir do recebimento, procedam alternativamente, a apresentação de suas razões recursais, ou o recolhimento dos débitos tributários lançados.


Orlando José Gonçalves Bueno