



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

Processo nº 10410.003491/2009-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.848 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2018
Matéria IRPJ - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
Recorrente VISÃO COM DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

RECURSO VOLUNTÁRIO. TENTATIVA IMPROFÍCUA DE CIÊNCIA POR VIA POSTAL. CIÊNCIA POR EDITAL. VALIDADE. INTEMPESTIVIDADE

É válida a intimação realizada por meio de edital publicado no órgão da administração tributária quando for improfícua a tentativa de ciência por via postal no endereço constante do cadastro CNPJ.

É intempestivo o recurso voluntário apresentado após o decurso do prazo de trinta dias seguintes à ciência da decisão de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, conhecer do recurso somente para exame da arguição de tempestividade do recurso, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Vencido o Conselheiro Roberto Silva Junior que votou por considerar o recurso voluntário tempestivo. Ausente momentânea e justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild. Participou do julgamento o Conselheiro Suplente Leonam Rocha de Medeiros.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felicia Rothschild, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Nelso Kichel e Roberto Silva Junior.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto face ao Acórdão nº 11-34.507, proferido pela 4ª Turma da DRJ/REC que, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada para manter a exclusão do Simples e excluir dos autos de infração de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, a parcela a eles correspondente dos pagamentos realizados com código 6106 - SIMPLES.

Por bem relatar o ocorrido, valho-me do relatório elaborado pelo órgão julgador *a quo*, complementando-o ao final:

Este processo trata da Exclusão da empresa Visão Comércio de Produtos Óticos Ltda – EPP do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com efeitos a partir de 1º/01/2006, e do contencioso decorrente da manifestação de inconformidade da contribuinte sobre tal exclusão, além dos Autos de Infração de IRPJ – lucro arbitrado e reflexos, a saber, CSLL – lucro arbitrado, e contribuições para o PIS e Cofins sobre a receita bruta, lançamentos estes relativos aos períodos de 2006 e primeiro semestre de 2007, bem como dos respectivos contenciosos em função das impugnações da autuada sobre tais autos de infração.

2. A Exclusão do SIMPLES ocorreu em função de que a contribuinte no ano-calendário de 2005, auferiu uma receita bruta acumulada de R\$ 3.789.308,15, ultrapassando, portanto, o limite de R\$ 2.400.000,00, para empresas de pequeno porte, tendo infringido o art. 9º, II, da Lei 9.317/96, art. 6º da Lei nº 9.779/99 c/c inciso II do art. 47 da IN SRF nº 608/2006, razão pela qual foi proposta a sua exclusão do SIMPLES com efeitos a partir de 1º/01/2006, o que foi aprovado e executado através do Ato Declaratório Executivo de 05 de agosto de 2009, fl. 73, conforme ainda documentos de fls. 01 a 73, sendo dada ciência à contribuinte de tal exclusão em 09/09/2009, conforme fls. 79 e 80, abrindo-lhe o prazo de 30 dias para apresentar manifestação de inconformidade, se assim o desejasse.

3. Em 05/10/2009, a contribuinte apresentou a sua manifestação de inconformidade, denominando-a de impugnação, conforme fls. 81 a 95, na qual argumenta, em síntese, que:

3.1. antes de adentrar no mérito faz um estudo sobre aspectos constitucionais pertinentes ao processo, mencionando direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder, transcrevendo o art. 5º, LV, da Constituição Federal, citando doutrina, cita inciso LIV do mesmo artigo constitucional, aludindo ao devido processo legal e ampla defesa, consagrados na Constituição, como direitos e garantias individuais, cita que a atividade administrativa é plenamente vinculada, conforme art. 3º do CTN, marcada pela imparcialidade, legalidade objetiva, não podendo nenhum ato administrativo-fiscal ser discricionário;

3.2. a exigibilidade se encontra suspensa nos termos do art. 151, III, do CTN, não cabendo qualquer providência tendente a exigir ou cobrar o “*tributo apurado*”;

3.3. a exclusão da empresa do Simples é oriunda da Representação Fiscal de 10/07/2009, para a qual a auditora se utilizou do argumento de que em 2005 a contribuinte auferiu receita bruta superior ao limite estabelecido por lei, no valor de R\$ 3.789.308,15, infringindo o art. 9º, II, da Lei 9.317/96, juntando documentos relativos ao procedimento administrativo sob o nº “04.401.00/00989/2008”, cujos autos de infrações foram todos impugnados e estão sob exigibilidade suspensa;

3.3.1. da mesma forma que os autos de infração de IRPJ, PIS, Cofins, CSLL, e INSS, a exclusão do Simples não tem sustentação, sendo o suposto excesso ao limite de faturamento para empresas de pequeno porte criação e conclusão do fisco, pois considerou valores que transitaram nas contas correntes como receita baseado exclusivamente em planilhas que se dizem ser retrato fiel de extratos bancários;

3.3.2. o fisco utiliza como premissa maior que o contribuinte omitiu receitas, consideradas como suposta receita bruta, ultrapassando o limite para permanência na sistemática do SIMPLES, sendo tal base de cálculo de forma aleatória e sem respaldo legal, afastando-se não só os lançamentos como a exclusão do Simples, inclusive seus efeitos retroativos, sendo a exclusão descabida, improcedente e injusta, pois formalizada sob alegação de omissão de receitas, que sequer foram comprovadas pelo fisco, não se admitindo a exclusão por meros indícios. Transcreve trechos de decisões administrativas sobre omissão de receitas com base de movimentação bancária e conclui que a base de cálculo considerada não é segura não havendo comprovação efetiva de receita bruta apta à exclusão;

3.3.3. não houve investigação criteriosa, individualizando cada depósito ou crédito bancário, a fim de que se possa, com base em outros elementos da fiscalização, aferir e confirmar a omissão de receita;

3.3.4. para o lançamento ser legítimo deve haver caracterização inequívoca do signo presuntivo de riqueza, da disponibilidade econômica em favor do contribuinte, cuja materialidade há de ser demonstrada;

3.3.5. deve restar base de cálculo indiscutível como receita bruta além do limite permitido para haver a exclusão, o que não ficou comprovado, sendo a exclusão irregular;

3.3.6. os lançamentos estão lastreados em meros indícios, através de planilhas, com informações de supostos depósitos ou créditos bancários, os quais sequer o contribuinte pode aferir como legítimos para efeito de receita bruta, afastando qualquer autuação e exclusão, causando-lhe evidentes prejuízos, inclusive com a retroação de seus efeitos;

3.3.7. não há nos autos comprovação do nexo de causalidade entre os lançamentos bancários e a omissão de receitas, não havendo que se falar nesta, tendo a exclusão por base pura e simples presunção de receitas, o que é inadmissível. Transcreve ementa de decisão administrativa sobre a matéria, concluindo que não houve comprovação do auferimento da receita acima do limite legal permitido, o que conduz o ato declaratório executivo ao insucesso;

3.3.8. não bastasse a ausência de investigação sobre os lançamentos bancários de forma individual aliada a outros elementos, inexistem nos autos os extratos alegados como meio de prova para se chegar à receita bruta acima do permitido;

3.3.9. a Receita Federal tem se utilizado de expediente arbitrário para exclusão do SIMPLES com desobediência à Constituição e legislação, com fundamento no art. 9º da Lei 9.317/96, além dos efeitos retroativos da exclusão, o que fere o princípio da irretroatividade da lei tributária formulado em benefício do contribuinte, pois por esse a majoração de tributo por lei só surtirá efeito para frente, nunca voltar para prejudicar o contribuinte, o que foi rechaçado em decisão do TRF 3ª Região que diz que “a exclusão de empresas do Simples pela Receita Federal não pode ter efeito retroativo, passando a surtir efeito a partir do mês seguinte em que a empresa é comunicada”, não se admitido a retroatividade, portanto;

3.4. inaceitável a presunção a partir de fato certo e conhecido inferindo-se fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável, que no caso não é legal (*juris et de jure*), havendo grande diferença entre supor a existência de um fato tributário e tornar concreta a sua existência, exigindo-se certeza para a perfeita realização tributária;

3.4.1. incabível a presunção sob o manto de imprecisão, dubiedade, meras conjecturas e ilações. Transcreve doutrina;

3.4.2. “não se pode levar adiante o lançamento com base em presunção”, sendo a busca da verdade material indissociável poder conferido por lei à fiscalização. Transcreve doutrina sobre verdade material e presunção e conclui que a verdade material foi mitigada por falta de uma análise concreta;

3.5. solicita a impertinência da exclusão do Simples e requer efeito suspensivo e improcedência absoluta da exclusão, tendo em vista não ter excedido o limite do faturamento estabelecido em lei, como também alega que não teria que comunicar a sua saída, alegando que não extrapolou o limite da receita bruta.

4. O Despacho de fl. 104 informa que, em função da impugnação do contribuinte à Exclusão, o mesmo foi incluído no Simples Federal novamente, “evento 319”.

5. Contra a empresa foram lavrados Autos de Infração, acompanhados de seus Demonstrativos, conforme fls. 108 a 156, para exigência de créditos tributários referentes aos fatos geradores de 2006 e o até junho de 2007 para o IRPJ, CSLL Cofins e PIS, nos totais a seguir especificados:

Crédito Tributário Lançado no presente Processo (R\$)					
Tributos (IRPJ e Reflexos)	Fl. Proc.	Tributo	Juros de Mora	Multas de ofício	Totais
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ	108	118.556,57	39.108,76	88.917,41	246.582,74
Contribuição para o PIS	121	41.859,01	14.368,63	31.394,18	87.621,82
Contribuição p/ Financ. da Seg. Social - Cofins	133	193.195,73	66.317,06	144.896,72	404.409,51
Contribuição Social sobre o Lucro Líq. - CSLL	145	69.550,47	23.106,66	52.162,83	144.819,96
Totais		423.161,78	142.901,11	317.371,14	883.434,03

6. Conforme descrições dos fatos, fls. 110, 111, 123, 124, 135, 136, 147 e 148, os lançamentos foram decorrentes de:

- *Depósitos bancários de origem não comprovada;*
- *Receitas operacionais (atividade não imobiliária) – revenda de mercadorias, valor apurado conforme Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica;*
- *Falta/insuficiência de recolhimento do PIS apurada conforme Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica;*
- *PIS sobre omissão de receitas apurada conforme extratos bancários;*
- *Falta/insuficiência de recolhimento da Cofins apurada conforme Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica;*
- *Cofins sobre omissão de receitas apurada conforme extratos bancários;*
- *CSLL sobre o Lucro Arbitrado, apurada conforme Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica;*
- *CSLL sobre omissão de receita apurada conforme extratos bancários.*

7. No Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal, fls. 157 a 163 e planilhas anexas, ainda é descrito que:

7.1. a ação fiscal se iniciou em função de movimentação financeira incompatível com a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES (DSPJ) e abrangeu os anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, referindo-se este Termo aos anos de 2006 e 2007;

7.2. no endereço constante do cadastro da Receita Federal, foi encontrada uma sala fechada, enquanto no endereço antigo da empresa o Sr. Kleber Guedes, Gerente Geral da loja, assinou o Termo de Início do Procedimento Fiscal, em 29/10/2008;

7.3. para evitar quaisquer dúvidas, o Termo de Início de Procedimento Fiscal foi enviado para os sócios e recebidos em suas residências em 11/10/2008;

7.4. em 12/11/2008 solicitou prorrogação de prazo para apresentar documentos, concedida até 12/12/2008, tendo apresentado após o prazo os documentos: Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, Livro Registro de Apuração de ICMS, Livro Registro de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências, Contrato/Estatuto Social e alterações, Notas Fiscais de Venda de Mercadorias, Livro de Inventário, DAC, DEMMS;

7.5. como não apresentou os livros contábeis e extratos bancários foi intimada, com recebimento em 22/12/2008 pelo Sr. Marcio Florentino Nutels, a apresentá-los dentro de 20 dias, sendo recebida resposta em 05/02/2009 de que não foram localizados nos seus arquivos os extratos bancários e os livros contábeis (Livro Caixa), observando-se que o enquadramento no Simples requer no mínimo a exigência do Livro Caixa com a movimentação financeira da empresa, e os documentos que serviram de base para sua escrituração;

7.6. “Como era indispensável à análise da movimentação financeira do contribuinte, motivo da representação pelo Ministério Público Federal, e como o

contribuinte mesmo intimado não apresentou sua documentação bancária, foi elaborada uma Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira”;

7.7. nos Termos de Intimação 002 e 003 foram solicitados esclarecimentos sobre a origem dos depósitos nas suas contas correntes em 2005, 2006 e 2007;

7.8. *“O contribuinte fez várias considerações sobre os valores depositados em suas contas correntes, mas não apresentou documentos”, “solicitou novos prazos, que foram concedidos”, “após estes fez outras considerações e novamente não apresentou documentos. Passou-se, então, à fase de constituição do crédito tributário”, sendo que “a partir desse momento foi realizado o encerramento parcial para o ano de 2005”;*

7.9. verificou-se que a contribuinte excedeu o limite de receita bruta para empresa de pequeno porte, com receitas de movimentação financeira no Banco do Brasil e na Caixa Econômica Federal, no montante de R\$ 3.789.308,15;

7.10. em 05 de agosto de 2009 a contribuinte foi excluída do Simples através do Ato Declaratório Executivo emitido pelo Delegado da Receita Federal, com ciência em 09/09/2009;

7.11. em seguida foi elaborado novo termo de intimação (n. 04) referente à movimentação financeira dos anos calendário de 2006 e 2007, dando novo prazo para que esclarecesse a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias por meio de documentação hábil e idônea, não tendo a contribuinte apresentado nenhuma documentação após o transcurso do prazo;

7.12. o termo de intimação n. 05 solicitou a contabilidade da empresa de acordo com a sistemática do lucro real, visto que havia sido excluído do Simples Federal, tendo a contribuinte alegado não ter com atender a intimação pois não foi analisada ainda sua inconformidade com tal exclusão;

7.13. após os ajustes necessários, *“foram considerados como omissão de receitas os créditos efetuados nas contas de depósito do contribuinte, onde não foram comprovadas as origens dos recursos”;*

7.14. todos os depósitos considerados, do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, constam das tabelas anexas, sendo elaboradas tabelas de estornos, cujos débitos foram abatidos, mensalmente, dos créditos;

7.15. como a empresa não apresentou os livros contábeis, o lucro foi arbitrado, de acordo com a receita bruta conhecida, sendo *“lançados em autos de infração valores obtidos através da diferença entre a receita bruta total (apurada através da movimentação financeira) e o valor declarado, lançados como depósitos bancários de origem não comprovada”;*

7.16. uma vez que foi excluída do Simples, foram lançados em autos de infração os valores declarados na DSPJ, *“porém os valores recolhidos pela sistemática do simples federal, não há como compensá-los com os valores apurados no presente auto de infração, já que existem outros tributos envolvidos no recolhimento total, via DARF - SIMPLES (código 6106). Então, orientamos a empresa a entrar com um PER/DCOMP, a fim de compensar tais recolhimentos com os débitos apurados”;*

7.17. foi apurado um crédito tributário total de R\$ 883.434,03, incluindo todos tributos, a multa de 75% e os juros de mora e encerrada a ação fiscal.

8. Devidamente notificada dos Autos de Infração em 11/02/2010, e não se conformando, a contribuinte apresentou, em 15/03/2010, impugnação, fls. 920 a 950, argumentando, em síntese, que:

8.1. antes de adentrar no mérito faz um estudo sobre aspectos constitucionais pertinentes ao processo, mencionando direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder, transcrevendo o art. 5º, LV, da Constituição Federal, citando doutrina, cita inciso LIV do mesmo artigo constitucional, aludindo ao devido processo legal e ampla defesa, consagrados na Constituição, como direitos e garantias individuais, cita que a atividade administrativa é plenamente vinculada, conforme art. 3º do CTN, marcada pela imparcialidade, legalidade objetiva, não podendo nenhum ato administrativo-fiscal ser discricionário;

8.2. a exigibilidade se encontra suspensa nos termos do art. 151, III, do CTN, não cabendo qualquer providência tendente a exigir ou cobrar o “*tributo apurado*”;

8.3. “*o descumprimento dos procedimentos inerentes ao Mandado de Procedimento Fiscal acarreta a sua nulidade*”, e que “*há mais de uma irregularidade*”;

8.3.1. “*não se visualiza no MPF a indicação do tributo a ser fiscalizado e apurado*”, o que inquina o lançamento de vício, sendo nulo. Transcreve trechos de decisões administrativas pela invalidade de lançamento relativo a tributo não indicado no MPF-F, defendendo a nulidade no caso de não indicação do tributo ou troca por outro;

8.3.2. a mera indicação do SIMPLES, sem consignar a que tributos se refere, é motivo para anular o lançamento. Transcreve excerto doutrinário sobre MPF e nulidade de lançamento na sua ausência e conclui pela nulidade do lançamento devido ao vício formal referido;

8.4. a exigência fiscal utiliza-se apenas de dados extraídos de extratos bancários do Banco do Brasil e Caixa Econômica, “*de forma, inclusive, confiscatória, haja vista o seu elevado valor*”, suficiente para extinguir as atividades mercantis do contribuinte;

8.5. a premissa maior do lançamento é de que os valores transitados pela contas correntes da impugnante é receita tributável, com valor eleito aleatoriamente e sem respaldo legal, sendo totalmente improcedente a autuação com base exclusivamente em omissão de receitas por existência de depósitos bancários, devendo a fiscalização demonstrar a suposta omissão, não cabendo autuação por meros indícios, devendo os créditos ser analisados individualizadamente, não sendo considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica. Cita decisões administrativas sobre o tema;

8.6. não houve investigação criteriosa, individualizando cada depósito ou crédito bancário, a fim de que se possa, com base em outros elementos da fiscalização, aferir e confirmar a omissão de receita;

8.6.1. para o lançamento ser legítimo deve haver caracterização inequívoca do signo presuntivo de riqueza, da disponibilidade econômica em favor do contribuinte, cuja materialidade há de ser demonstrada;

8.6.2. tendo o fisco laborado por meros indícios, através de depósitos bancários como suporte da autuação, incabível é o lançamento, pois não

caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, não sendo fato geradores do imposto de renda. Cita decisão administrativa sobre a matéria;

8.6.3. nas movimentações financeiras, há lançamento de toda ordem, tais como empréstimos, estornos de créditos por diversos motivos, juros, despesas, depósitos, saques, reembolsos, indenizações, recuperação de créditos, não podendo a movimentação bancária servir de base para apuração de receitas das empresas;

8.6.4. o lançamento está lastreado em meros indícios, através de planilhas, com informações de supostos depósitos ou créditos bancários, os quais sequer o contribuinte pode aferir como legítimos para efeito de receita tributável, não havendo nos autos comprovação do nexo de causalidade entre os lançamentos bancários e a omissão de receitas, não havendo que se falar nesta. Transcreve ementas de decisões administrativas sobre a matéria e Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos;

8.6.5. não havendo trabalho na busca da certeza de que os lançamentos financeiros descritos nas planilhas anexadas correspondem à receita para lançamento de tributo, não resta dúvida quanto à nulidade do lançamento;

8.6.6. a impugnante junta aos autos alguns relatórios de lançamentos financeiros feitos em suas contas correntes por parte de fornecedores, que são exclusivamente para repasse a terceiros, inclusive pagamento de campanhas publicitárias, ressarcimento de despesa etc, mas nunca podem ser contemplados como receita tributável, o que não se admite do ponto de vista legal;

8.6.7. foram considerados lançamentos que foram “*estornados pelas instituições financeiras, duplicação de lançamentos etc*”;

8.6.8. a investigação não foi profunda, restando dúvidas sobre o que está compreendido como receita ou não, impondo-se a improcedência;

8.7. a Constituição Federal de 1988, criada para resguardar o contraditório, ampla defesa e o Estado Democrático de Direito, não criou modelo a permitir de forma dissimulada o confisco de bens estribado em negócios inexistentes;

8.7.1. inaceitável a presunção a partir de fato certo e conhecido inferir-se fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável, que no caso não é legal (*juris et de jure*), havendo grande diferença entre supor a existência de um fato tributário e tornar concreta a sua existência, exigindo-se certeza para a perfeita realização tributária;

8.7.2. incabível a presunção sob o manto de imprecisão, dubiedade, meras conjecturas e ilações. Transcreve doutrina;

8.7.3. deveria o fisco ter realizado investigação minudente das origens de cada lançamento bancário, devendo ficar comprovado o nexo causal, quando “*não se admite no nosso sistema tributário a tributação por meio de presunções*”, e “*o fato indiciário, a presunção devem ser provados pelo fisco*”, devendo-se buscar a verdade material. Transcreve doutrina sobre verdade material e presunção e conclui a verdade material foi mitigada por uma análise superficial;

8.8. aduz que a atividade administrativa é plenamente vinculada, obrigando o agente a demonstrar a ocorrência do fato gerador, pautando-se pelo princípio da legalidade motivada, sendo incoerente a inversão do ônus da prova, sendo um erro a norma do art. 42 da Lei 9.430/96 que contempla tal inversão. Cita doutrina;

8.9. “o fisco, sob o pífio argumento subjetivo de que valores supostamente transitaram na conta corrente do contribuinte” considerou todo o valor com receita tributável. Cita art. 43 do CTN e aduz que o núcleo do fato gerador do imposto reside no acréscimo patrimonial disponível, não tendo incidência sobre depósitos bancários, que são meros indícios. Transcreve ainda excertos doutrinários e de decisões administrativas sobre o tema depósitos bancários;

8.10. como consequência, os tributos reflexos (CSLL, PIS e Cofins) também não podem ser alcançados pelo lançamento, havendo a improcedência dos lançamentos de todos eles;

8.11. mesmo assistisse razão ao fisco, o que não se cogita, este considerou os valores totais, não efetuando nenhuma dedução, sem investigação individualizada, não havendo nexo causal, não considerou créditos estornados, repetidos, reembolso/ressarcimento de despesas por fornecedores, contendo o auto de infração vício insanável;

8.12. não houve a dedução no lançamento dos tributos pagos pela sistemática do Simples, o que demonstra inconsistência do auto de infração;

8.13. além disso, a suposta movimentação financeira não pode servir de base de cálculo para receita tributável, pois nela podem constar empréstimos, transferências, juros, ressarcimentos de fornecedores, estornos de créditos, despesas diversas etc;

8.14. a multa de ofício de 75% é injusta, confiscatória e descabida. Cita RE 492.842/RN, informando que no mesmo foi reconhecido o caráter confiscatório da multa de 75%, advertindo ser esse percentual extremamente elevado e desarrazoado, com ofensa flagrante aos princípios da não confiscatoriedade e da capacidade contributiva e transcreve excerto de decisão do TRF 4ª. Região sobre a matéria bem como de doutrina e ainda cita o Recurso Extraordinário 239.964-4/RS sobre multa moratória como não confiscatória em 20% e aduz que a legislação tem fixado o teto de 20% para a multa moratória, além de citar Adin 551-1/RJ, no qual o Ministro em seu voto se refere que “as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal”;

8.15. transcreve trecho do Resp 215.881-PR que interpreta a taxa Selic como “inaplicável em matéria tributável”, pois “visa remunerar títulos públicos” e aduz que não há previsão legal para cobrança de juros remuneratórios sobre débitos de natureza tributária, ofendendo princípios constitucionais da legalidade, da anterioridade, da indelegabilidade da competência tributária e da segurança jurídica, sendo a taxa Selic inconstitucional e ilegal, pois criada por circular do Banco Central. Transcreve excertos doutrinários sobre a matéria.

Ao apreciar a impugnação na sessão realizada em 29/07/2011, a 4ª Turma da DRJ/REC a julgou improcedente, conforme acórdão nº 11-34.507, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar decisão diversa.

|ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE. HIPÓTESES NÃO VERIFICADAS.

Não restando comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa nem de qualquer outra hipótese expressamente prevista na legislação, não há que se falar em nulidade do lançamento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2006, 2007

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

A indicação do Simples em MPF contempla todos os tributos integrantes desse sistema, além de que possíveis falhas na emissão de MPF para a fiscalização não seria hipótese de nulidade do lançamento.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RECEITA BRUTA ACIMA DO LIMITE LEGAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

A empresa que no ano calendário auferir receita bruta acima do limite legal para participação no Simples e não comunicar a sua exclusão, estará sujeita à exclusão de ofício, com efeitos a partir do primeiro dia ano-calendário seguinte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

MEIOS DE PROVA

A prova de infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive a presuntiva com base em indícios veementes, sendo, outrossim, livre a convicção do julgador na apreciação das provas.

INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS LEGAIS. JULGAMENTO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, não podendo decidir, em âmbito administrativo, pela inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos normativos validamente editados.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

A extensão dos efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, possui como pressuposto a existência de -decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio. Não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças judiciais só produzem efeitos para as partes entre as quais são dadas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ARGUIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Legítima a aplicação da taxa SELIC, para a cobrança dos juros de mora, a partir de partir de 1º de abril de 1995 (art. 13, Lei no 9.065/95).

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte"

O Termo de Intimação nº 243/11 (fls. 2.102) enviado ao endereço do contribuinte no cadastro CNPJ, como o objetivo de cientificá-lo do resultado do julgamento foi devolvido à DRF/Maceió com a informação de que o destinatário estava ausente em todas tentativas de entrega (fls. 2.106 a 2.109).

Em 14/12/2011 foi afixado o Edital nº 35/2011, com o objetivo de intimar o contribuinte a pagar o débito ou apresentar recurso no prazo de 30 dias contados do 16º dia da afixação do edital (fls. 2.111).

Transcorrido o prazo de 30 dias da afixação do edital, foi emitido o Termo de Perempção (fls. 2.112) e enviada a Carta Cobrança nº 59/2012 (fls. 2.113 a 2.120), da qual o contribuinte foi cientificado em 13/02/2012, conforme AR às fls. 2.121.]

De acordo com a "Solicitação de Cópia de Documentos" (fl. 2.123) a sujeito passivo obteve cópia digitalizada do processo em 15/02/2012 e, em 06/03/2012, apresentou o recurso voluntário de fls. 2.125 a 2.159, alegando, em síntese, as questões abaixo relacionadas, as quais serão detalhadas por ocasião do voto:

- Preliminarmente, alega a tempestividade do recurso voluntário e a nulidade do lançamento em virtude da inexistência do ato declaratório de inaptidão;

- Afirma que a falta de indicação dos tributos objeto dos lançamentos no Mandado de Procedimento Fiscal é vício material e inquina de nulidade os lançamentos;

- O lançamento foi pautado exclusivamente em quebra de sigilo bancário motivo pelo qual requer a anulação dos lançamentos em virtude de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal no sentido de impedir o acesso do FISCO aos dados bancários dos contribuintes sem manifestação favorável do Poder Judiciário;

- A autuação é confiscatória haja vista o seu elevado valor;

- Os lançamentos por omissão de receitas pautados em depósitos bancários, sem que a autoridade fiscal promova investigações profundas em suas origens são totalmente ilegítimos;

- O lançamento com base em depósitos bancários não se sustenta pois decorre da presunção que os valores que transitaram nas contas corrente são efetivamente receita tributável porém o nosso sistema tributário não admite a tributação por meio de presunções;

- A busca pela verdade material foi mitigada pela autoridade fiscal na medida em que deixou de proceder à investigação concreta sobre os lançamentos individuais nas contas correntes do contribuinte;

- O lançamento deveria ter sido formalizado por meio do lucro arbitrado em virtude do elevado valor da movimentação financeira supostamente encontrada nas contas do contribuinte;

- A multa no percentual de 76% é descabida e tem caráter confiscatório;

- A ilegalidade da cobrança de juros Selic para fins tributários;

- Ao final requer a reforma de decisão a fim de que sejam julgados improcedentes os lançamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Milene de Araújo Macedo, Relatora

De acordo com o Edital nº 35/2011, afixado em 14/12/2011, o contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 29/12/2011, após tentativa improfícua de intimação por via postal:

"Pelo presente EDITAL, nos termos do art. 23 , III, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, por ser encontrar em lugar incerto e ignorado, fica o contribuinte, abaixo citado, INTIMADO a pagar o débito referente ao processo abaixo, ou a apresentar recurso, dentro do prazo de trinta dias, contados do 16º (décimo sexto) dia da data da afixação deste."

Foi anexado aos autos a Intimação nº 243/2011, bem assim, cópia do envelope com remessa postal e informação dos Correios de que o destinatário encontrava-se ausente nas três tentativas de entrega realizadas (fls. 2.102 a 2.109).

O recurso voluntário foi protocolizado em 06/03/2012 e tal fato é incontroverso, entretanto, alega a recorrente, preliminarmente, sua tempestividade pois somente teria sido intimada do resultado de julgamento em 14 de fevereiro de 2012, quando da solicitação de cópia de documentos, através do requerimento protocolizado nos autos.

Afirma a recorrente que a intimação da decisão da DRJ/REC não poderia ter sido realizada no endereço constante da notificação fiscal, mas nos endereços dos seus sócios, pois o próprio Fisco já tinha eleito esses endereços como domicílios fiscais desde o início da ação fiscal. Acrescenta que em virtude da constatação de que a empresa estava fechada, o Termo de Início de Procedimento Fiscal foi enviado para o domicílio fiscal dos sócios da

pessoa jurídica, Sr. Márcio Florentino Nutels e Sra. Maria das Neves Medeiros Costa. Assim, pelo fato do Fisco ter entendido como domicílio fiscal da recorrente era o endereço residencial dos sócios, a intimação para ciência da decisão de primeira instância também deveria ter sido enviada para esses endereços e não considerar o contribuinte em local incerto e não sabido intimando-o por edital, de forma a prejudicá-lo.

Diversamente do alegado pela recorrente, o Fisco não elegeu os domicílios fiscais dos sócios como domicílio fiscal da recorrente, tendo em vista que tal opção deve ser exercida pelo próprio contribuinte, nos termos do art. 127 do Código Tributário Nacional:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

O que a fiscalização poderia ter feito, caso entendesse que o domicílio fiscal eleito pelo contribuinte no Cadastro Nacional da Pessoas Jurídicas iria dificultar a fiscalização, é alterá-lo de ofício para o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos fatos que deram origem à obrigação, nos termos do art. 127, § 2º do CTN, entretanto, não foi este o caso.

Além disso, consta dos autos que o envio do Termo de Início do Procedimento Fiscal para o endereço dos sócios, teve como origem a constatação efetuada pela fiscalização, em diligência fiscal ao endereço do cadastro CNPJ, Rua Santa Rita de Cássia, 103, sala 8, Gruta de Lurdes, Maceió/AL, de que o estabelecimento estava fechado, porém, no endereço antigo, Av. Comendador Gustavo Paiva, 2990, loja 174, Cruz das Almas Maceió/AL, foi localizado o gerente geral da empresa. Veja o que consta do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal:

"Inicialmente, a fiscalização dirigiu-se ao endereço descrito acima que era o constante no cadastro da Receita Federal do Brasil para entregar o Termo de Início do Procedimento Fiscal. Chegando ao destino, só foi encontrada uma sala fechada. Foi então elaborado Termo de Constatação e fomos ao endereço antigo da empresa. no endereço antigo fomos recebidos pelo Sr. Kleber Guedes, que se identificou como Gerente Geral da loja e assinou o Termo de Início do Procedimento Fiscal

com data de 29/10/2008. Visando dirimir, quaisquer dúvidas eventuais, foi enviado Termo de Início de Procedimento Fiscal para os sócios da empresa em suas residências, os quais foram recebidos em 11/10/2008. Em 12/11/2008 o contribuinte apresentou uma solicitação de prorrogação de prazo para apresentação dos documentos, que foi concedida até 12/12/2008. Após o decurso do prazo solicitado o contribuinte apresentou os seguintes documentos:

Dessa forma, verifica-se que o envio para o domicílio dos sócios foi feito com o intuito de dirimir eventuais dúvidas acerca da ciência do início do procedimento fiscal, porém, isto não significa que houve a alteração do domicílio fiscal eleito pelo contribuinte pela fiscalização, até mesmo porque, em atendimento ao próprio Termo de Início, o sujeito passivo confirmou que a partir de 22/09/2008, suas atividades antes exercidas na Av. Comendador Gustavo Paiva, 2990, loja 174, Cruz das Almas Maceió/AL, foram transferidas para a Rua Santa Rita de Cássia, 103, sala 8, Gruta de Lurdes, Maceió/AL. Além disso, em todas as respostas apresentadas no curso da ação fiscal, bem assim na impugnação e no recurso voluntário, o sujeito passivo informou que seu domicílio fiscal é na Rua Santa Rita de Cássia, 103, sala 8, Gruta de Lurdes, Maceió/AL

Importante ressaltar também que somente o Termo de Início do Procedimento Fiscal e o Auto de Infração foram enviados ao domicílio fiscal dos sócios, para todos os demais termos lavrados no curso da ação fiscal, a ciência do sujeito passivo foi pessoal ao seu representante legal ou por via postal no domicílio fiscal constante do cadastro CNPJ:

- Comunicado nº 204/2009 (fls. 81), ciência via postal, conforme AR às fls. 82;
- Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fls 282) ciência pessoal;
- Termo de Intimação Fiscal nº 002 (fls. 292, 293) ciência pessoal;
- Termo de Reintimação Fiscal nº 001 (fls. 421) ciência pessoal;
- Termo de Intimação Fiscal nº 003 (fls. 463) ciência pessoal;
- Termo de Intimação Fiscal nº 004 (fls. 568, 569) ciência pessoal;
- Termo de Intimação Fiscal nº 005 (fls. 689), ciência via postal conforme AR às fls. 690 e resposta apresentada em 11/11/2009 (fls. 691 e 692).

A Carta Cobrança nº 59/2012 (fls. 2.113 a 2.120), emitida após a lavratura do Termo de Perempção, face à não apresentação do recurso voluntário no prazo de 30 dias da ciência da decisão de primeira instância, também foi enviada por via postal para o mesmo endereço do cadastro CNPJ, e a ciência se deu, por via postal, em 13/02/2012, conforme Aviso de Recebimento - AR às fls. 2.121.

Diante do exposto, agiu corretamente a administração tributária ao cientificar o sujeito passivo da decisão de primeira instância por edital, em virtude da ter sido improficua a tentativa de ciência por via postal no endereço constante do cadastro CNPJ, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

[...]

1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Considerando que ciência por edital ocorreu em 29/12/2011 (fls. 2.111) e o recurso voluntário foi protocolizado em 06/03/2012, portanto após o prazo de 30 dias estabelecido pelo art. 33 do Decreto nº 70.235/72, tenho-o por intempestivo.

Relativamente à preliminar suscitada no recurso voluntário acerca da inexistência de ato declaratório de inaptidão, entende a recorrente a matéria deveria ter sido reconhecida de ofício pelo julgador monocrático por tratar-se de matéria cuja nulidade é patente. Afirma que caso tivesse sido lavrado o ato declaratório as intimações se destinariam aos sócios, nos seus respectivos endereços, evitando, dessa forma, a declaração de preempção.

Por influenciar indiretamente a questão relativa à intempestividade do recurso voluntário, entendo que a preliminar deve ser analisada, todavia, também não assiste razão à recorrente. Primeiro porque as hipóteses de nulidades dos atos administrativos previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 não ocorreram no presente processo:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Segundo porque ainda que tivesse ocorrido a declaração de inaptidão da empresa face à sua não localização no endereço informado no cadastro CNPJ, como pretende a

Processo nº 10410.003491/2009-19
Acórdão nº **1301-002.848**

S1-C3T1
Fl. 2.194

recorrente, a intimação da decisão de primeira instância não seria enviada aos sócios da pessoa jurídica, mas sim por Edital, em virtude do disposto no § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto conhecer do recurso voluntário somente para exame da arguição de tempestividade e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Milene de Araújo Macedo