



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10580.009525/2001-70
SESSÃO DE : 17 de junho de 2004
RECURSO Nº : 127.025
RECORRENTE : FOLMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SALVADOR/BA

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-00.955

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, declinar da competência do julgamento do recurso ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 17 de junho de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, Nanci GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA e DAVI EVANGELISTA (Suplente). Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional MARIA CECILIA BARBOSA.

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955
RECORRENTE : FOLMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SALVADOR/BA
RELATOR(A) : NILTON LUIZ BARTOLI

RELATÓRIO

Tem por objeto o presente processo, discussão acerca de Auto de Infração e Imposição de Multa, lavrado em 12/12/01, para a exigência dos tributos: Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Programa de Integração Social, Contribuição Social, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para Seguridade Social, sobre empresa optante pelo Simples.

Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal foram realizados os seguintes lançamentos:

“Multa Isolada estimativa do IRPJ – Em relação aos meses compreendidos entre janeiro de 1997 e dezembro de 1999, o contribuinte não recolheu a estimativa mensal devida com base na receita bruta e acréscimos como apresentado no demonstrativo em anexo. O contribuinte informou, declaração em anexo, que não efetuou qualquer balanço de suspensão/redução.

Multa isolada estimativa do CONSOC – Em relação aos meses compreendidos entre janeiro de 1997 e dezembro de 1999, o contribuinte não recolheu a estimativa mensal devida com base na receita bruta e acréscimos como apresentado no demonstrativo em anexo. O contribuinte informou, declaração em anexo, que não efetuou qualquer balanço de suspensão/redução.

PIS – Foi lavrado Auto de Infração relativo aos autos de 1996, 1997, 1998 e 1999 com base nos valores informados nos Livros de Apuração de ICMS, cópias em anexo, deduzidos dos valores pagos, conforme DARF's constantes nos sistemas da SRF, devidamente confrontados com DARF's apresentados pelo contribuinte. Os valores lançados não haviam sido declarados em DCTF.

COFINS – Foi lavrado Auto de Infração relativo aos anos de 1996, 1997, 1998 e 1999 com base nos valores informados nos Livros de Apuração do ICMS, cópias em anexo, deduzidos dos valores pagos, conforme DARF's constantes nos sistemas da SRF, devidamente

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

confrontados com DARF's apresentados pelo contribuinte. Os valores lançados não haviam sido declarados em DCTF.

SIMPLES – Foi lavrado auto de infração correspondente ao SIMPLES relativo ao período compreendido entre outubro de 2000 e julho de 2001. O cálculo dos valores devidos foi obtido com base nos livros de apuração do ICMS, cópias em anexo. Os valores correspondentes a 2000, foram confrontados com os valores pagos registrados nos sistemas da SRF e também disponibilizadas através de cópias de DARF do contribuinte.”

Ciente quanto ao Auto de Infração, o contribuinte apresentou tempestiva impugnação em 15/01/02, aduzindo, em síntese, que:

- tem como atividade a distribuição de alimentos, pela qual alguns produtos que saem de seu estabelecimento para serem comercializados, não o são, e por isso retornam;

- “o fiscal autuante, ao lavrar o auto de infração, tomou como base o Livro de Apuração do ICMS, entretanto, por desconhecer a sistemática de apuração deste tributo, o autuante não levou em consideração que, das mercadorias constantes das notas fiscais saída, há aquelas que retornaram, em razão da não comercialização, as quais são objeto da emissão de notas fiscais de entrada, tal como consta do mesmo Livro que revela o seguinte procedimento:

- Primeiramente, ocorre a saída das mercadorias do estabelecimento gerando notas fiscais de saída.
- Posteriormente, as mercadorias são vendidas aos consumidores gerando notas fiscais para estes, emitidas a partir de talão que acompanha o veículo transportador.
- Contudo, considerando que nem todos os produtos são vendidos, gerando as mercadorias remanescentes, que retornam ao estabelecimento de origem, este fato é registrado mediante notas fiscais de entrada que são emitidas e escrituradas no Livro de Apuração.
- Dito isto, percebe-se que o fiscal autuante, equivocadamente, entendeu que o simples fato da saída da mercadoria caracterizava o surgimento de receita para a empresa.

(...)”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

- os produtos adquiridos em outras unidades da Federação não ensejam o recolhimento de diferença de alíquotas, porque todos o foram para o objetivo social da atuada e por isso não podem ser considerados como destinados, senão ao processo produtivo;

- pelo sistema de apuração do ICMS, "se não há imposto sobre a compra da mercadoria e se o exige sobre a sua venda, há de ser feita a compensação presumida, sob pena de cumulatividade. Consequentemente, se se exige o imposto de quem não tem como fazer essa compensação, ofende-se, pelas mesmas razões a não-cumulatividade que dá a característica de mercantil a cada operação, porque somente quem pode fazer essa compensação é quem compra mercadoria para venda, considerando-se que o imposto é indireto, onerando a circulação da mercadoria, em cada operação da transmissão de sua propriedade. Operação de que resulte cumulatividade não é mercantil para os efeitos do ICMS. Daí, a obrigatoriedade de a atuada ter de proceder, como o fez, para registrar o retorno de mercadoria";

- há de ser o fato gerador do ICMS aquele acontecimento expresso por uma operação mercantil que, em regra, é exteriorizado por uma saída física de mercadoria de um estabelecimento comercial, industrial ou produtor, promovida, respectivamente, por uma pessoa que seja comerciante, industrial ou produtor com a intenção de passá-la à disposição de outra pessoa, de forma que, qualquer ato jurídico que não se enquadre como operação mercantil não opera efeitos de fato gerador do ICMS;

- somente podem integrar a base de cálculo do ICMS os elementos tipificadores de operação mercantil, excluídos, por via de consequência, todos aqueles que participem de fatos alcançados por outros impostos, como o valor do frete ou o dos juros, sobre os quais incidem as regras definidoras, respectivamente, do Imposto sobre Serviços de Transportes – ISS e do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, porque o frete somente é admissível na hipótese de a prestação do serviço de transporte ser de âmbito interestadual ou intermunicipal, desde que integre a operação mercantil alcançada pelo ICMS, ou seja, não é possível tributar com o ICMS uma prestação autônoma de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal;

- os elementos tipificadores de uma operação mercantil são os componentes intrínsecos do seu valor e que constituem uma compra e venda de efeitos móveis que se destinam à revenda, na mesma espécie ou manufaturados, realizada entre comerciantes. Se o frete é remuneração de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal efetivados pelo agente da operação mercantil, pago em seu proveito a título da mesma operação, então o valor desse frete há de incluir-se

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

na base de cálculo do ICMS, ressaltando-se que fora dessa hipótese não há como fazer a inclusão;

- exigir imposto antes da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária ofende não só o princípio da "não-cumulatividade", como todo o núcleo legal agasalhado na Constituição para a garantia do contribuinte contra o abusivo exercício da soberania;

- a base de cálculo do ICMS realiza o princípio da não-cumulatividade mediante a aplicação do sistema de abatimento que se efetiva pela compensação;

- a compensação a que alude a Constituição em matéria de apuração da base de cálculo do ICMS, em cada operação mercantil, é complexa situação jurídica subjetiva, cujo objeto traduz-se nos direitos e interesses, submetidos a um regime jurídico constitucional que impõe à fonte emissora da norma infra-constitucional o respeito à conta-corrente caracterizadora do sistema de abatimento que institui, através dessa compensação, para concretizar o princípio da não-cumulatividade;

- crédito tributário é o direito que tem o Estado de receber determinada prestação pecuniária compulsória, a título de tributo, uma vez configurada a obrigação de que resulta, para o sujeito passivo, cumprir a respectiva prestação positiva; enquanto que o crédito fiscal é o direito subjetivo público de que é titular o contribuinte de fato, o consumidor, quando a obrigação tributária nasce de fato descrito como elemento material dos impostos sobre o valor agregado ou acrescido (IPI e ICMS, por exemplos), direito esse que é exercido através da efetivação do interesse legítimo do sujeito passivo da obrigação (contribuinte de direito) à utilização do montante do tributo incidente sobre as operações anteriores para ser abatido no valor da operação mercantil que promove;

- se a operação subsequente vai gerar um débito de imposto, forçosamente, a que lhe é anterior tem de gerar o crédito, pouco importando que a nota fiscal que a tenha representado deixasse de conter o destaque. Nos casos em que essa operação for promovida sob o efeito da exclusão do crédito (isenção) ou sob o da sua exclusão do campo de incidência (imunidade), esse crédito há de ser presumido, a fim de ser assegurado o princípio da não-cumulatividade, porque a tributação, em fase de operação posterior à da exclusão, tomando-se por base o valor total, incluído o da fase de exclusão, resultaria em alcançar valor já liberado da incidência, quando somente se tributa o valor acrescido ou agregado e este é representado, apenas pelo valor da operação posterior.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

- as novas regras favoráveis, oriundas da Lei Complementar nº 87/96, são interpretativas e, por revestirem a natureza de "*lex mitior*", devem ter eficácia retroativa, nos termos do inciso I do artigo 106 do Código Tributário Nacional, já que referido dispositivo se aproxima do princípio constitucional da não-cumulatividade, ao contemplar como crédito fiscal o valor do imposto incidente sobre alguns insumos que, apesar de participarem do processo de produção, não eram considerados como geradores de crédito porque não seriam, sob equivocada interpretação, integrados à coisa resultante do processo, como exemplo o consumo de energia elétrica;

- "a Lei Ordinária Estadual de organização do ICMS na Bahia é a de nº 4.825 de 27/1/89. A sua função organizadora não pode, contudo, reger matéria privativa de lei complementar. Por isso, no que concerne ao crédito fiscal cabe-lhe exclusivamente, dirimir ambigüidades do diploma complementar, integrativo da Constituição."

- a Lei Ordinária 4.825/89, não restringe o direito subjetivo público de crédito fiscal do consumidor, uma vez que disciplina o exercício do interesse legítimo do sujeito passivo da respectiva obrigação tributária, sem lhe fazer restrições, considerando-se que a condição de ter de fazer prova escritural não implica impedimento;

- as disposições regulamentares somente tem eficácia quanto ao procedimento escritural, e "não criam, não modificam, nem extinguem direito e nem interesse", como determina o Código Tributário Nacional, hierarquicamente superior ao Regulamento do ICMS;

- "acentue-se que as regras estão veiculadas por decreto e, assim, diretamente, não poderiam inovar sobre direito subjetivo ou sobre interesse legítimo dado que ato dessa espécie tem a natureza de ato administrativo e, por isso, não cria, não modifica, nem extingue situações jurídicas subjetivas que têm a natureza dessa que consta da consulta, tal como estabelece o art. 99 do Código Tributário Nacional ..."

- "nem a lei complementar, nem a lei ordinária de organização do tributo, nem o decreto-regulamento têm o condão de, na hipótese consultada, alterar o interesse legítimo da utilização do crédito, mediante o estorno de débito no valor correspondente ao recolhimento a maior do tributo decorrente de erros nos cálculos do ajuste anual, os quais não contemplaram todos os créditos que foram tomados para efeito da compensação."

- considerando-se a natureza jurídica do crédito fiscal, não há como negar a prerrogativa de a autuada utilizar-se dos valores, a título de crédito fiscal,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

observadas as normas regulamentares de escrituração, ressaltando que a técnica do ICMS não se coaduna com aquela do Imposto sobre a Renda, nem sobre as contribuições a que se refere o autuante;

- “o elemento material da hipótese do fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial, apurado a partir dos ingressos em um determinado prazo. Contudo, durante o período de formação do fato, a que se define como situação jurídica pendente, o legislador autoriza a incidência, até que se apure, ao final do prazo, a base de cálculo.”

- “no caso do SIMPLES, há alegação do fiscal de que o cálculo dos valores foi obtido com base nos livros de apuração do ICMS e que estes valores, assim foram confrontados com os valores declarados na PJ-2001 sendo que no ano de 2001 foram confrontados com os valores pagos registrados nos sistemas da SRF e também disponibilizadas através de cópias de DARF do contribuinte. Insista-se que é um procedimento, LEGALMENTE, inaceitável face à rigidez do regime jurídico de cada tributo e face à prova trazida para este processo, no exame da qual se verifica que foram pagos os tributos e contribuições da cesta em que se constitui o SIMPLES.”;

- o regime do SIMPLES não admite exigência de tributos para além daqueles calculados para pagamento dentro desse regime, considerando-se, ainda, a existência de prejuízo à época dos balanços.

Requer seja declarado nulo o procedimento fiscal, ou se assim não o for, requer pela apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, esta proferiu decisão ratificando em parte o lançamento, nos termos da seguinte ementa:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/07/2001

Ementa: Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis, contendo o lançamento descrição dos fatos suficiente para o conhecimento da infração cometida, e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito de que a lei lhe confere para se defender. As

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

arguições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. APRESENTAÇÃO DE PROVAS.

No processo administrativo fiscal as provas devem ser apresentadas desde logo com a impugnação do lançamento, admitindo-se a sua juntada posterior somente se demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, quando se referir a fato ou direito superveniente ou destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

SIMPLES. FALTA DE PAGAMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento dentro do prazo legal de tributos e contribuições devidos sob a forma de pagamento do Simples enseja o lançamento de ofício.

Lançamento Procedente em Parte.”

Ainda irresignada com a decisão singular, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 28/11/02, tempestivamente, reiterando os argumentos e pedidos expendidos em sua peça impugnatória, ressaltando que a decisão de primeira instância é nula, já que não fora observado seu pedido de perícia.

Aduz ainda que “a fiscalização tomou como base a escrituração fiscal do ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – portanto, um tributo de hipótese de incidência completamente diversa do imposto sobre a renda e das demais prestações pecuniárias compulsórias por ele arroladas (PIS, COFINS, CONSOC.).”

Sua conclusão é de “quer seja em razão do equívoco cometido pelo autuante que não deduziu da base de cálculo (receita bruta) os valores das mercadorias que retornaram ao estabelecimento da Recorrente, visto que estas não geram receitas, quer seja em razão dos erros cometidos pelo Autuante em razão do desconhecimento da sistemática do ICMS,...”. há que se julgar pela improcedência do lançamento.

Requer, preliminarmente pela nulidade da decisão de primeira instância, ou ainda que seja realizada perícia, a fim de que seja apurado que os procedimentos adotados estão de acordo com a legislação em vigor, para que ao final seja dado provimento ao recurso, com o conseqüente julgamento de improcedência do lançamento.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

Em garantia ao seguimento do Recurso Voluntário apresenta Arrolamento de Bens, conforme extrato de fls. 502/503.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até as fls. 506, última.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.025
RESOLUÇÃO : 303-00.955

VOTO

Da análise dos autos, constata-se que a matéria a que versa o presente processo é apuração de suposta omissão de receitas por parte do contribuinte, o que ensejou a lavratura de cinco Autos de Infração, pertinentes aos seguintes tributos: Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Programa de Integração Social, Contribuição Social, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para a Seguridade Social.

Note-se que a Recorrente é empresa optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

É de se ressaltar que a matéria atinente ao Simples é de competência deste Conselho, nos termos do artigo 9º, XIV do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Não obstante, dos autos apura-se que não se trata de aplicação de legislação que diga respeito ao Simples, mas sim de suposta omissão de receitas, o que gerou lançamento de ofício referente ao Imposto de Renda e demais tributos a ele vinculados.

Nestes termos, a matéria em questão é de competência do Primeiro Conselho de Contribuintes, como dispõe o artigo 7º, também do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Desta feita, cabe ao Primeiro Conselho de Contribuintes apreciar o Recurso Voluntário em questão, pelo que, voto por declinar da competência para apreciar a matéria pertinente aos autos em apreço

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10580.009525/2001-70
Recurso nº: 127025

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Resolução nº 303-00955.

Brasília, 14/09/2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em

15 de setembro de 2004.


MARIA CECÍLIA BARBOSA
Procuradora da Fazenda Nacional
OAB/MG 65792 - Mat. 1436782