



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10746.000606/2002-55
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2004
RECURSO Nº : 127.997
RECORRENTE : D'PAULA PAPELARIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF

R E S O L U Ç Ã O Nº 301-01.345

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência a repartição de origem, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2004


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS (Suplente).

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345
RECORRENTE : D'PAULA PAPALARIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A) : VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples e seus reflexos, em virtude de omissão de receitas (receitas não escrituradas, depósitos bancários não escriturados) e insuficiência de recolhimento, relativamente aos períodos de apuração de 01/08/1997 a 31/12/2000. (fls. 20 até 68)

O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R\$ 174.144,55, correspondendo aos valores do imposto de renda e das contribuições sociais, acrescidos de multa de ofício e multa de ofício qualificada e juros de mora (fl. 68).

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 21 até 67.

Omissão de rendimentos caracterizada por valores depositados/creditados em conta corrente, mantida em instituição financeira, Banco do Brasil S.A, agência n.º 1886-4, conta n.º 40.040-8, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Relatório Fiscal.

No Relatório Fiscal de fls. 70 até 73, os Auditores – fiscais autuantes informam que o procedimento de fiscalização decorreu do fato da empresa D'Paula Papelaria Ltda., que se encontrava sob suspeita de prática de crime contra a ordem tributária, por requisição do Ministério Público Federal (fl. 70).

Com relação à ciência do Auto de Infração e seus anexos, explica a fiscalização no Relatório Fiscal, que no endereço apresentado pelos mesmos, constante em suas declarações, para cientificá-los do Auto de Infração e seus anexos, “*Chegando ao local, encontramos o edifício fechado e em estado de abandono. Logo após, entramos em contato com o advogado de ambos, Agérbon Fernandes de Medeiros, que prometeu conduzir os mesmos à Repartição, como antes havia feito (ciência das intimações) para tomar ciência dos referidos termos. Como não fomos atendidos oportunamente e, na impossibilidade de localizá-los para fins de ciência*

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

peçoal, procedemos à elaboração e publicação dos Editais, conforme determina o Decreto 70.235/72, art. 23".

Inconformado, o contribuinte apresentou, em 06/01/03, à DRF/Palmas, a impugnação de fls. 877 a 894, por meio da qual questionou a validade da forma empregada para ciência do Auto de Infração.

Em 26 de agosto de 2002 foi apensado o processo de representação fiscal de nº 10746.000612/2002-11 (fl. 250). Em 22 de outubro de 2002 foi desajuntado o processo de representação fiscal de nº 10746.000612/2002-11 (fl. 840).

I - Das Preliminares

Do cerceamento do direito de defesa (1)

Relativamente ao assunto, ressalta:

- que é flagrante e inequívoco o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que compareceu pessoal e espontaneamente em todas as ocasiões em que foi solicitado;

- que, costumeiramente, ao longo do procedimento fiscal, os auditores solicitavam, por telefone, o comparecimento do contribuinte, o que ficou registrado no Relatório Fiscal de fls. 14/15; outras vezes, pelo seu intermédio, tendo havido apenas uma única ocasião, em junho/02, em que, sendo utilizado esses meios, não foi atendida a solicitação, por motivo de viagem do contribuinte, tendo eles sido orientados, posteriormente, quando lá compareceram e o auditor não se encontrava, que seriam contatados pelo mesmo, o que não aconteceu.

Da suposta intimação por Edital

- que, não tendo havido o contato por parte dos auditores, em vez de promoverem uma intimação regular, preferiram a via oblíqua da publicação da suposta intimação, tendo tal ato sido justificado por não ter sido possível a ciência pessoal do auto de infração (...), *tendo em vista que o local onde funcionava a empresa encontra-se atualmente fechado...*

Da contrariedade da decisão e do pedido de reativação do prazo para defesa

- que, em expediente protocolado ao Delegado da DRF/Palmas/TO em 22/11/02, demonstrou as irregularidades verificadas no procedimento fiscal, tendo juntado documentos que "comprovam a não-realização,

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

postal, quando solicitou ser tornada sem efeito o ato de intimação por edital", o que lhe foi negado, "eternizando o flagrante cerceamento do direito de defesa do contribuinte (reporta-se às fls. 348/349).

Do devido processo legal

que é sabido que, com o recebimento do auto de infração - "no caso da intimação afigurar-se válida" - inicia-se a contagem do prazo de 30 dias para se efetuar o pagamento do tributo reclamado ou apresentar defesa administrativa; no entanto, no presente processo, não se pode falar que houve intimação válida.

Da certidão oficial

- que não procede a afirmação dos fiscais de que o contribuinte não fora encontrado no local indicado, até porque a empresa continua no mesmo lugar declarado; contudo, embora a empresa se encontre temporariamente com a sua inscrição estadual suspensa, havendo pedido de reativação e mandado de segurança em tramitação, fato noticiado nos autos, "permanecem, em seu interior, o estoque de mercadorias e o gerente - *o ora contribuinte* - que recebe boletos bancários, correspondências e representantes comerciais; assim, bastava o agente fiscal se dirigir à porta do estabelecimento (destaques do original);

- que a prova cabal de que o contribuinte podia (*como pôde*) ser encontrado nas dependências da empresa pode ser demonstrada pela certidão da Senhora Oficiala da Justiça datada de 04/12/02, a qual se dirigiu ao endereço da empresa, promovendo, ali, a intimação do contribuinte (transcreve trecho - fl. 354), fato que contradiz as afirmações dos auditores;

- que, conforme demonstrado nos autos, o contribuinte também poderia ser encontrado na ACSO I, Conjunto 03, lote nº 28 - Palmas/TO, sede da empresa, havendo, nos fundos, uma residência, onde poderia ser contactado o impugnante, descabendo a afirmação do agente fiscal no sentido de que o prédio encontrava-se abandonado.

Do dever legal do Fisco e do ato vinculado

- que, conforme ficou comprovado, o ora impugnante podia ser encontrado a qualquer tempo nos endereços declinados, apenas **os agentes do Fisco não quiseram encontrá-lo** (destaque do original), não se podendo dar crédito às palavras dos auditores no Relatório Fiscal de fls. 71/73;

- que cabe à Administração Pública instaurar os procedimentos fiscais, devendo assegurar aos investigados a ampla defesa e o contraditório (CF/88, art. 5º, LV).

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

Outras considerações

- que cabe considerar a colocação dos auditores de que entraram em contato com o advogado de ambos, *o qual prometeu conduzi-los à Repartição da Receita Federal, como antes havia feito para tomar ciência dos referidos termos*; assim, porque, quando iam dar ciência dos trabalhos, utilizaram conduta diversa? Os auditores poderiam contatá-lo por telefone ou o procurador ou se dirigirem ao escritório deste último;

que não restam dúvidas de que o procedimento de intimação por edital representou abuso de poder e flagrante cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Do cerceamento do direito de defesa (2)

Do Termo de Constatação desacompanhado dos documentos respectivos

- que, quando da assinatura do Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 217) - TCIF, o mesmo veio desacompanhado da documentação respectiva - o contribuinte somente recebeu uma única folha - revelando-se inverídica a afirmação constante do Relatório Fiscal de que, com o fornecimento da movimentação financeira do contribuinte, elaboraram o referido Termo, dando ciência ao contribuinte;

- que, além disso, pode-se verificar que o referido termo foi alterado quanto aos dados e respectivos documentos, conforme relatado pelos fiscais, não tendo havido uma nova ciência ao contribuinte.

Da documentação apreendida

- que, quando da ciência dos Mandados de Procedimento Fiscal (fls. 01 a 04), o contribuinte noticiou que toda a documentação contábil e fiscal da empresa D'Paula Papelaria Ltda. encontrava-se em poder da Secretaria de Estado da Fazenda, bem como da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palmas (fls. 256 a 258), tendo havido a solicitação de que a DRF/Palmas/TO requisitasse a documentação mencionada;

Da não requisição da documentação apreendida

- que o contribuinte afirmou de boa-fé que a diferença entre o valor declarado e o valor da movimentação financeira referia-se à representação de cheques depositados e devolvidos na conta corrente da pessoa jurídica. Para fins de

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

comprovação de suas alegações, bastaria um comparativo entre os depósitos feitos com os lançamentos efetuados nos aludidos livros de registros, sendo esta a razão pela qual solicitou a requisição por parte da DRF da documentação apreendida, no que não foi atendido;

- que, como a DRF não apresentou os documentos (livros contábeis), não poderia ter tomado por base para lavrar o Auto de Infração os dados ali contidos.

O mandato de procedimento fiscal n.º 01.5.01.00.2001.00095-0-4 de fl. 05 não tem a assinatura do representante legal pelo fato de não ter tomado conhecimento do mesmo.

Da multa, com efeito, de confisco

- que a multa aplicada afigura-se ilegal, pelo seu caráter de confisco (art. 150, IV, da CF/88), o que passa a demonstrar, concluindo que os juros de mora e a multa ultrapassam o valor do imposto, sendo inadmissível supor-se que os valores apresentados sejam rendimentos tributáveis do contribuinte, ainda mais quando não foi feito qualquer comparativo ou parâmetro daqueles valores com os contidos nos livros contábeis;

- que tal posicionamento é corroborado por vários juristas (transcreve trechos de suas obras).

Dos juros e de sua inaplicabilidade

- que, à semelhança da multa, é igualmente inconstitucional a aplicação dos juros sobre o suposto crédito tributário reclamado, devendo-se observar que não procede a sua aplicação, por corresponder a um índice superior aos 12% ao ano, o legalmente permitido pelo ordenamento jurídico, devendo ser afastados os entendimentos contrários que entendem que a norma do art. 192, § 3º, ainda se encontra dependente de regulamentação (cita juristas que defendem o mesmo entendimento).

Do Mérito

Em sede de mérito, em sua defesa, o impugnante alega que o fisco não logrou demonstrar a correlação entre os valores movimentados na conta corrente da contribuinte e a omissão de receita infração a ele imposta decorre unicamente dos extratos bancários analisados, não tendo sido examinada toda a movimentação bancária envolvida. Ressalta ele, também, a ilegitimidade desses lançamentos com base em depósitos bancários, o que comprova com ementas de julgados.

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

- Também, não permitiu que o contribuinte se defendesse, por meio da comparação dos livros e documentos fiscais e contábeis da empresa, os quais foram requeridos à autoridade fiscal, mas não foi considerado;

- que, embora limitado em sua defesa, destaca os aspectos que passa a discriminar a seguir, principalmente no tocante à ausência de clareza acerca da aplicabilidade do Auto de Infração.

Dos esclarecimentos prestados

- que o contribuinte não forneceu os dados de sua movimentação bancária, pois o Banco do Brasil alegou necessitar 90 dias para tal, apesar de sua insistência (docs. anexos);

Omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados em conta corrente - inaplicabilidade

- que a infração decorre unicamente dos extratos bancários analisados (depósitos e créditos), inclusas, dentre eles, transferência de valores e ordens bancárias, não tendo sido examinada a junção de toda a movimentação bancária envolvida;

- que, no sentido da ilegitimidade desses lançamentos com base em depósitos bancários, já vem decidindo o Tribunal Federal de Recursos, o que foi ratificado pelo inciso VII do art. 9º do Decreto n.º 2.471/88 (transcreve ementas de julgados - "lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários" - fls. 364/365).

Conclui a peça impugnatória requerendo:

a) que sejam acolhidas as preliminares argüidas, para decretar a nulidade do procedimento na sua integralidade, com o arquivamento do processo;

b) que, em sendo diverso, sejam acolhidas as razões de mérito, com a extinção do feito;

c) que, alternativamente, no caso do não-acolhimento dos pedidos acima, sejam baixados os autos em diligência, a fim de que a DRF/Palmas/TO requirite a documentação contábil e fiscal da empresa, para melhor instruir o procedimento fiscal, restabelecendo-se o prazo para formulação de sua defesa."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

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

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/12/2000

Ementa: INTIMAÇÃO POR EDITAL. VIABILIDADE. TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO.

A intimação do contribuinte via edital somente pode ser efetivada, quando comprovadas improficuas as intimações via pessoal e via postal. Assim, considera-se tempestiva a impugnação na data de sua apresentação.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF-C. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa, por falta de ciência de um dos MPF-C, quando comprovado, nos autos, que o período por ele abrangido já havia sido objeto de discussão por parte do contribuinte durante o procedimento fiscal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Estando clara a identificação da matéria tributável na descrição dos fatos relatados no Auto de Infração, tendo o contribuinte tomado ciência de todos os valores lançados por meio de planilhas, não prevalece à alegação de prejuízo ao direito de defesa.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei 9.430/96, no seu art. 42 autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC E DA MULTA DE OFÍCIO.

Não cabe à autoridade administrativa apreciar matéria atinente à inconstitucionalidade de lei, ficando a administração limitada ao seu cumprimento, sendo que o foro próprio para discutir sobre esta matéria é o Poder Judiciário.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Sobre o imposto apurado e lançado de ofício, está prevista, na lei vigente, a aplicação de multa de ofício e juros de mora à taxa Selic.

“Lançamento Procedente”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 992, repisando argumentos da peça impugnatória.

É o relatório.

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

VOTO

Verifica-se, preliminarmente, que não consta dos autos a ciência da decisão recorrida à pessoa jurídica, visto que apenas consta, à fl. 940, ciência do processo ao Sr. Adilson de Paula, que, conforme consta do contrato social de fl. 275, não compõe o quadro societário da empresa.

Desta forma, não se torna possível a verificação da tempestividade de apresentação a peça recursal, matéria, inclusive, que foi objeto de discussão, no tocante à interposição da peça impugnatória.

Também cabe observar que a decisão recorrida, à fl. 919, apresenta folhas do processo com laudas duplicadas, simplesmente coladas uma na outra, o que constitui uma falha de preparação processual.

Tratando-se de um processo correspondente a auto de infração contemplado com representação fiscal para fins penais, inclusive com alusões - no Relatório Fiscal, fl. 73 - a supostas fraudes no tocante à constituição societária - observa-se, também, que aquela peça foi desjuntada do presente processo, o que não está justificado nos autos. Ressalte-se que o procedimento fiscal, conforme consta daquele Relatório - à fl. 70 - foi instaurado em virtude de requisição do Ministério Público Federal, em vista de suspeitas de ocorrência de crime contra a Ordem Tributária.

O artigo 23 do Decreto 70.235/72, com relação à ciência do procedimento fiscal, assim dispõe:

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de que o intimar.

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

III - por edital, quando resultarem impropícios os meios referidos nos incisos I e II (...)."

Tal disposição legal, claramente, não estabelece benefício de ordem entre a intimação pessoal aos sócios e a intimação por via postal.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.997
RESOLUÇÃO Nº : 301-01.345

Diante do exposto, voto no sentido de que seja o presente julgamento convertido em diligência, com os seguintes objetivos:

- Que seja juntada aos autos a prova da correspondente ciência à pessoa jurídica, na devida forma prevista no Decreto 70.235/72;
- Em caso de não ser possível tal providência, que seja suprida a falha, com nova ciência e reabertura de prazo para interposição de recurso, por via postal;
- Que seja justificada a desjuntada do processo de Representação Fiscal para fins Penais, ou, em não havendo razão para tal, que seja providenciada a sua apensação a este processo;
- Que seja sanada a falha de preparo processual relativa à duplicidade de laudas, constante à fl. 919.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator