

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Recurso nº. : 117.345
Matéria : IRPJ e OUTROS - Exs.: 1993 a 1997
Recorrente : MOCELIN & SILVA LTDA - ME
Recorrida : DRJ em RIBEIRÃO PRETO - SP
Sessão de : 09 DE JUNHO DE 1999
Acórdão nº. : 106-10.856

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – CASOS DE NULIDADE

– Não se enquadra nas hipóteses de nulidade dos procedimentos administrativos eventual equívoco na descrição do local da lavratura do auto de infração, vez que não influencia na solução do litígio.

SIMPLES – OPÇÃO PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE –

A simples opção da empresa pelo sistema não impede a sua exclusão de ofício, quando a mesma incorrer em quaisquer das hipóteses elencadas no art. 14 da Lei nº 7.256/84.

IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – LUCRO ARBITRADO – Arbitrase o lucro, uma vez detectada a omissão de receitas, o qual servirá de base de cálculo do imposto, quando o contribuinte notificado a apresentar os livros fiscais obrigatórios, sujeitos a escrituração, não o faz.

IRF, COFINS, CSLL E PIS – REFLEXO E DECORRÊNCIAS DO LANÇAMENTO DO IRPJ – Uma vez desenquadrada do SIMPLES, como microempresa ou empresa de pequeno porte, a contribuinte fica sujeita à tributação deste imposto e destas contribuições.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MOCELIN & SILVA LTDA - ME.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856


THAISA JANSEN PEREIRA
RELATORA

FORMALIZADO EM: 26 JUL 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, LUIZ FERNANDO OLIVEIRA DE MORAES, ROMEU BUENO DE CAMARGO e RICARDO BAPTISTA CARNEIRO LEÃO. Ausentes, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES e, justificadamente, ROSANI ROMANO ROSA DE JESUS CARDOZO.

mf

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

Recurso nº. : 117.345
Recorrente : MOCELIN & SILVA LTDA - ME

RELATÓRIO

Em 05/05/97, foi dado início a fiscalização do contribuinte em questão, já qualificado nos autos, quando se solicitou fossem apresentados o Contrato Social e alterações, documentação fiscal, tais como notas fiscais de entrada e de saída, livros fiscais e contábeis obrigatórios.

Às fls. 55 a 61, encontra-se a relação de notas fiscais emitidas para a Associação Prudentina de Educação e Cultura - APEC, fornecida pelo contribuinte, datada de 22/04/96, em atendimento a intimação feita anteriormente, no sentido de serem informados os valores de suas vendas àquela entidade.

Em confronto dos valores destas vendas, com os das receitas declaradas pela recorrente, nos exercícios de 92 a 95, pois nos exercícios de 96 e 97 não existe declaração de rendimentos entregue, constata-se omissão de receita por parte da empresa MOCELIN & SILVA, mesmo sem considerar vendas a outros clientes que não a APEC, conforme se discrimina na Representação Fiscal para fins penais apensada a este processo, bem como em sua cópia de fls. 50.

Em 08/05/97, a empresa, através do contabilista Walter Godinho, apresentou declaração, em atendimento à intimação de fls. 01, de que a firma MOCELIN & SILVA LTDA, não possuía escrituração contábil, por tratar-se de microempresa, estando portanto dispensada por força da Lei 7256/84.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

Em vista destes fatos, acrescidos principalmente dos trazidos aos autos deste processo através da apensação da representação fiscal nº 10880.046097/96-17, foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal, de fls. 107 a 114, onde se demonstram os valores da omissão de receitas referentes ao exercícios de 93 a 95, sendo que nos exercícios de 96 e 97, não foram entregues as declarações.

Às fls. 115 a 215, são apresentados os demonstrativos de apuração dos impostos e contribuições, dos acréscimos legais, bem como os autos de infração relativos à Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRF), Contribuição Social (CSLL), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), que podem ser, pelo total, assim resumidos:

IRPJ	: 58.556,08 UFIR (fls.157)
CSLL	: 21.570,50 UFIR (fls.185)
PIS	: 4.154,18 UFIR (fls.201)
IRF	: 49.895,69 UFIR (fls.173)
COFINS	: 9.587,13 UFIR (fls.213)
TOTAL	:143.763,58 UFIR

Não concordando com o lançamento, a empresa entrou com uma impugnação (fls. 220 a 236) alegando em síntese:

- Preliminar de nulidade do auto de infração por ter sido lavrado fora do estabelecimento fiscalizado.
- Que tal fiscalização é fruto de uma devassa fiscal na APEC, sendo que os reflexos se fazem sentir em inúmeras micro e pequenas empresas, e ainda que foi a única a ser fiscalizada dentro do segmento que atua.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

- É ilegal o arbitramento feito pelo auditor, posto que a impugnante teve sua adesão ao SIMPLES ratificada pela Secretaria da Receita Federal, estando portanto desobrigada de manter escrituração contábil perante o fisco federal.
- O AFTN possuía livros razão e analítico da APEC, tendo destarte, *"elementos técnicos para apuração de 'lucro real', porém, por comodidade ou outro motivo escuso, preferiu utilizar-se da via fácil do arbitramento"*.
- O arbitramento deve ser medida extrema e toda a documentação foi juntada pela fiscalização.
- Que a análise dos documentos deve ser feita por um contador habilitado e experiente, não bastando que o AFTN seja concursado.
- O IRPJ tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade patrimonial, nunca sendo decorrente de mera suposição.
- Quanto às multas aplicadas, a lei não poderia retroagir, portanto não se poderia aplicar o art. 44 da Lei 9430/96, além de que se tratam de multas confiscatórias, estando portanto eivadas de inconstitucionalidade.
- A tributação do lucro distribuído foi efetuada sem que o fisco produzisse prova da sua efetiva distribuição.
- O Auditor tomou por base a alíquota estabelecida na Lei Complementar nº 7/70, sem considerar a forma de recolhimento ali definida, que teria 180 dias de prazo para o pagamento, pelo seu valor nominal.
- Quanto a COFINS, alega cumulatividade, pois incide sobre o faturamento, tal qual o PIS, IPI e ICMS.
- Como se pode cobrar uma contribuição sobre o lucro se não ocorreu o lucro?

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

- A Representação Fiscal não tem sentido, posto que não houve dolo do agente, sendo que deveria ser provado que existiu o intuito de beneficiar-se com o resultado da atitude.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, em sua decisão, rebate os argumentos do contribuinte da forma que segue:

- “Quanto à preliminar de nulidade, de acordo com o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, o auto de infração deve ser lavrado *“no local de verificação da falta, o que não significa o local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada”*, sendo que esta previsão se refere a prevenção da jurisdição e prorrogação da competência, constituindo garantia ao contribuinte de que sua fiscalização é devidamente autorizada pela administração tributária que chefia o servidor.
 - Quanto a opção da empresa pelo SIMPLES, não cabe o argumento de que a SRF teria ratificado sua condição de microempresa, visto que a qualquer momento pode ser feito o seu desenquadramento, mediante ação fiscal.
 - No que diz respeito a alegação de devassa fiscal, todo AFTN que, no exercício de suas atribuições, constate irregularidades envolvendo outro contribuinte, tem obrigação de efetuar diligências e/ou ações fiscais.
 - A desobrigatoriedade da escrita fiscal, não significa que o contribuinte não precise guardar seus documentos comerciais e fiscais.
 - Concorda com o impugnante quando diz ser o arbitramento uma medida de exceção, sendo que *“a regra é a tributação pelo lucro real, determinado mediante procedimentos contábeis geralmente aceitos, sendo o lucro presumido uma opção oferecida às empresas de pequeno porte, e o lucro arbitrado uma solução empregada no caso de inviabilidade de determinação do montante real do lucro; devendo o arbitramento pautar-se nos critérios normativos estabelecidos. Tal assertiva corrobora os procedimentos fiscais adotados”*.
- Evidentemente não seriam suficientes os documentos da APEC, para se apurar o lucro real da impugnante, além do que não foram

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

trazidos aos autos nenhum elemento que pudesse demonstrar a possibilidade de reconstituição da sua escrita.

- Uma vez detectada a omissão de receita e verificado que a impugnante por dois anos consecutivos excedeu o limite de microempresa (anos calendários 93 e 94), ficou então sujeita à tributação dos excessos com base no lucro arbitrado, por não apresentar documentos fiscais que pudessem demonstrar sua contabilidade. Desenquadrou-se portanto da condição de microempresa.
- Quanto a qualificação do Auditor Fiscal questionada, a Lei nº 2.354/54, dispõe que a fiscalização do imposto compete aos Fiscais de Tributos Federais, cargo que foi transformado para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, pelo Decreto Lei nº 2.225/85. É portanto indiscutível a competência do Auditor para lavrar o auto de infração.
- A Contribuição Social foi lançada pelos valores correspondentes às receitas omitidas, com base na Lei Complementar 70/91, sendo que não cabe a autoridade administrativa julgar a constitucionalidade ou não da legislação infra constitucional.
- A multa aplicada retroagiu, ao contrário do que alegou o contribuinte, para beneficiá-lo, uma vez que a Lei nº 9.430/96, reduziu a alíquota anteriormente aplicável a estes casos.
- A tributação do lucro distribuído foi feita em obediência ao princípio da não contradição dos conceitos e à legislação aplicável.
- No que diz respeito ao prazo de recolhimento do PIS, a Lei Complementar nº 7/70 perdeu sua eficácia com o advento da Lei nº 7.691/88.
- Quanto a COFINS, que o contribuinte alega ser uma cobrança inconstitucional, e afirma que é cumulativa e incide sobre o



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

faturamento, assim como o PIS, IPI e ICMS, à administração tributária não cabe a apreciação de constitucionalidade.

- No caso da Contribuição Social, "*o sujeito passivo absteve-se de trazer aos autos qualquer motivo de fato ou de direito relevante capaz de alterar o lançamento, apenas questionou a exigência argumentando a inexistência de lucro*". Por tratar-se de tributação reflexa, está correto o lançamento.
- A representação Fiscal foi efetuada com fulcro na Lei nº 8.137/90, e o contribuinte mesmo alegando inexistência de dolo, em momento algum contestou a omissão de receita, além do que está comprovado nos autos que não escriturou notas fiscais de vendas e serviços, emitidas em favor da APEC, ou o fez em valores menores, por diversas ocasiões, o que demonstra clara tentativa de reduzir a carga tributária.

Por fim conclui pela procedência dos lançamentos.

Desta decisão o contribuinte tomou ciência em 24/03/98, sendo que em 22/04/98, tempestivamente, entra com o recurso de fls. 282 a 291, que resumidamente argumenta:

- Que a exigência de 30% do crédito tributário lançado, como garantia de instância é inconstitucional.
- A DRJ em Ribeirão Preto não considerou o núcleo do problema, pois interpretou erroneamente o art. 10 de Decreto 70.235/72, pois o que a recorrente está afirmando é que no auto consta como local da lavratura, o endereço da recorrente.
- Novamente se refere ao núcleo do problema, porém desta vez dizendo que está no fato gerador do IRPJ e seus reflexos, e no

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

arbitramento, quando em momento futuro a própria SRF admitiu a recorrente no SIMPLES.

- Não houve aumento patrimonial, portanto não há o que ser tributado no IRPJ.
- Que o arbitramento é medida de exceção e que o Auditor não considerou as despesas.
- Cita a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, e se dispõe a abrir mão do sigilo bancário.
- A tributação do Imposto de Renda na Fonte não pode ser feita, sem que seja provado que o lucro foi efetivamente distribuído.
- A Contribuição Social padece do mesmo mal, ou seja não existe o fato gerador.
- O STF considerou inconstitucionais as alterações introduzidas na sistemática de recolhimento do PIS pelos Decretos Lei nºs 2.445 e 2.449/88, sendo que foi posteriormente editada a Medida Provisória nº 1.212/95, demonstrando que se legislação pretérita existisse, não seria necessária nova legislação.
- Não cabe o argumento de que a autoridade administrativa não opina sobre a cumulatividade intrínseca da legislação vez que o Conselho tem decidido, conforme Acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes de números 108-01.182 e 104-12.369
- Reitera os termos da impugnação.

Consta do processo cópia de liminar deferida para que se dê continuidade ao processo sem o depósito de garantia de instância.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

VOTO

Conselheira THAISA JANSEN PEREIRA, Relatora

Em primeiro lugar, abordando a discordância do contribuinte em efetuar o depósito de 30%, relativo a garantia de instância, sabemos que o STF considera constitucional a exigência de depósito para recurso na esfera administrativa, pois no julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.246-GO, foi considerada legítima a exigência de depósito da multa, imposta em autuação do Ministério do Trabalho, por infração das leis reguladoras do trabalho, conforme o art. 636 da CLT, para que tenha seguimento o recurso contra a autuação. Da mesma forma, não se concedeu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.049-2-DF, contra o art. 93 da Lei 8.212, que prevê que o recurso contra decisão do INSS, que aplicar multa por infração da legislação previdenciária, só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa.

Às fls. 313, apresenta-se o deferimento da liminar requerida pelo contribuinte, afastando a exigência do depósito prévio e determinando o prosseguimento normal do processo administrativo fiscal em pauta.

No que tange à preliminar de nulidade, levantada pelo contribuinte, verificamos que consta dos autos de infração, que eles foram lavrados no mesmo endereço da empresa, o que se encaixa perfeitamente nos requisitos previstos no art. 10 do Decreto 70.235/72. Na impugnação e no recurso foi afirmado que os autos foram lavrados na repartição e não na empresa. Não são trazidas provas da

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

acusação de erro na descrição do local da lavratura, mas mesmo que existisse, não seria caso de nulidade, conforme se observa da leitura dos art. 59 e 60 do Decreto 70.235/72:

"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.*

...

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio."

Desta forma rejeito a preliminar de nulidade para prosseguir no julgamento do mérito.

A Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, coloca a adesão das empresas ao Sistema, como uma opção, desde que preencha os requisitos lá impostos. No artigo 9º encontramos as vedações à opção ao SIMPLES:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

- I. Na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);*
 - II. Na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais);*
- ..."

Observamos neste processo que estes limites foram ultrapassados, de acordo com o demonstrado pelo Auditor Fiscal, no Termo de Verificação Fiscal de fls. 107 a 114.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

Quanto às obrigações das empresas que optam pelo Sistema, encontramos no § 1º do art. 7º:

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

- a) *Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*
- b) *Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*
- c) *Todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores."*

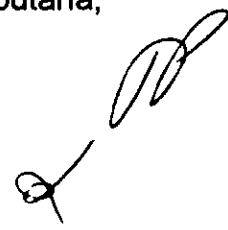
Às fls. 106, o contador da empresa declara não possuir escrituração contábil, por tratar-se de microempresa alegando estar dispensada por força da Lei 7.256/84. Não apresenta nenhum documento dos relacionados como obrigatórios para as empresas que aderiram ao SIMPLES.

A exclusão da empresa do Sistema, pode se dar voluntariamente ou de ofício conforme prevê a legislação. De ofício ocorrerá quando a empresa incorrer em quaisquer das hipóteses elencadas no artigo 14, o que claramente contempla esta empresa, como os incisos:

"I. Exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;
()*

II. Embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional).

V. Prática reiterada de infração à legislação tributária;"



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

O artigo 13 prescreve:

"A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I. Por opção;

II. Obrigatoriamente, quando:

a) Incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;"

A partir destas constatações fica clara a correta autuação do contribuinte, principalmente se levarmos em conta o que prevê ainda a mesma Lei em seus artigos 16 e 18:

"Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas."

Ora, uma vez feito o desenquadramento da empresa da categoria de micro ou pequeno porte, e ainda em vista da não apresentação dos documentos, a empresa passa a ter o tratamento igual às demais, ficando portanto demonstrada a procedência do arbitramento com base nos documentos fiscais obtidos junto a APEC.

Como enfatizado pelo contribuinte, o arbitramento é mesmo uma medida de exceção, e só foi usado porque a empresa não forneceu subsídios para que se procedesse de forma diferente.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

Podemos verificar a legalidade do arbitramento, considerando o que dispõe a legislação, nos Regulamentos do Imposto de Renda – RIR 80 e 94, nos seus artigos 399 e 539, respectivamente e Lei nº 8981/95.

Na instância recursal, o contribuinte se propõe a apresentar os extratos bancários, porém em nenhum momento no decorrer do processo apresenta qualquer elemento que pudesse servir de defesa. Pergunta-se: Porque não foram fornecidos antes? A Mocelin & Silva só vendia para a APEC? Porque a empresa não forneceu nenhuma prova concreta de sua contabilidade ou dos documentos que deveriam ter servido de base para ela?

Quanto ao Imposto de Renda na Fonte, pela presunção de rendimentos pagos aos sócios, correto está o lançamento, vez que arbitrado o lucro, esta tributação é mero reflexo. Encontra amparo nas Leis nºs 8541/92 e 9064/95, em seus artigos 22 e 5º, respectivamente.

A Contribuição Social foi lançada com base na legislação elencada no auto de infração, e decorre do arbitramento feito. Se os lançamentos possuem a mesma sustentação fática, o tratamento aplicado ao IRPJ deve ser estendido aos demais tributos e contribuições

A Lei nº 7691/88 veio definir o prazo de recolhimento do PIS, não cabendo portanto o argumento de que não existia lei que o definisse antes da edição da MP nº 1212/95, conforme afirma o contribuinte às fls. 290: *“Com o pronunciamento do STF considerando inconstitucionais as alterações introduzidas na sistemática de recolhimento do PIS pelos DLs 2445/88 e 2449/88, o Governo Federal, através da utilização sempre desastrosa que vem fazendo do instituto jurídico das Medidas Provisórias, editou a MP nº 1212/95 e o Ato Declaratório nº 39/95, isto aos 29.11.1995, para disciplinar os fatos geradores ocorridos após outubro/1995, sendo patente que, se legislação pretérita aplicável ao caso*

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

existisse, desnecessária seria a nova legislação, já que a lei não contém palavras inúteis, patente também a desnecessidade de legislação complementar para tanto".
Está portanto correto o lançamento do PIS.

Quanto a COFINS, o contribuinte alega que a autoridade de primeira instância não apreciou a questão da não cumulatividade intrínseca e cita dois acórdãos deste Conselho, onde se estaria julgando a constitucionalidade das leis. O primeiro acórdão, de número 108-01.182, no mérito se refere à aplicação da TRD no período de 01.02.91 a 31.07.91, que se respaldou nas decisões do STF em ações diretas de inconstitucionalidade. O segundo, de número 104-12.369, trata de recolhimento indevido de PIS- Faturamento, relativo às receitas auferidas na venda de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado, para fins carburantes, por empresa varejista. O acórdão foi elaborado de acordo com o DL nº 2445/88 e Lei nº 8383/91, não se abordando constitucionalidade das leis.

Este Conselho de Contribuintes tem decidido sobre questões de inconstitucionalidade, em especial quando se observa reiteradas decisões judiciais neste sentido, porém não é este o caso presente, uma vez que já se tem decisão favorável do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade da Contribuição Social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (ADC – 1/93).

É de se ressaltar ainda que como bem afirmou a DRJ/Ribeirão Preto, às fls. 265, que todo Auditor Fiscal, que no exercício de suas funções em determinada empresa, detectar indícios de irregularidade em outra, tem ele a obrigação de efetuar diligências ou ação fiscal, sob pena de responsabilidade funcional. Não se configura devassa fiscal o procedimento de verificação dos dados contábeis das empresas relacionadas com a APEC, mas sim mera consequência das constatações. Se irregularidade não existisse, certamente nenhum auto de infração seria feito, ou se lavrado, não subsistiria.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10835.000876/97-10
Acórdão nº. : 106-10.856

Sobre a questão levantada pelo contribuinte, sobre a competência do AFTN, a Delegada de Julgamento esclarece muito bem o aspecto legal. Porém se alguma dúvida existe sobre a competência técnica do Auditor atuante, cabe ao contribuinte, o direito, inclusive já exercido de impugnar ou ainda entrar com recurso, argumentando tecnicamente o trabalho realizado.

No que diz respeito à aplicação das multas, também esclarece a DRJ às fls. 268, que ao contrário do alegado pelo contribuinte, a Lei nº 9430/96 retroagiu para beneficia-lo, reduzindo a multa prevista à época do fato gerador.

A Representação Fiscal deve ser obrigatoriamente lavrada pelo AFTN, sempre que no curso da ação fiscal de que resulte auto de infração de exigência de crédito tributário, constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária, previsto na Lei nº 8137/90.

O julgamento da representação fiscal será feito pelo judiciário, garantidos ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório.

Assim sendo e tendo em vista o que consta dos autos, conheço do recurso, por tempestivo, e entendendo não merecer reparo a decisão de primeira instância, no mérito voto no sentido de negar-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 09 de junho de 1999


THAISA JANSEN PEREIRA

