



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n°	10935.002988/2005-77
Recurso n°	159.666 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXS.: 1998,2001 a 2005
Acórdão n°	105-17.337
Sessão de	13 de novembro de 2008
Recorrente	TRANSPORTADORA TRANS TIGRE LTDA.
Recorrida	2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

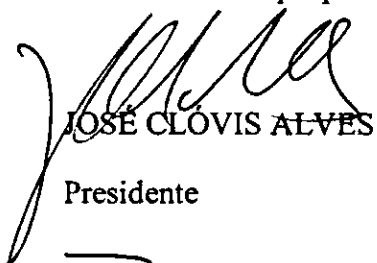
Assunto: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

Ementa: NULIDADE - É nula a decisão de 1ª instância que não analisa todos os argumentos da impugnação, inclusive os relativos à responsabilidade tributária, por cerceamento do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

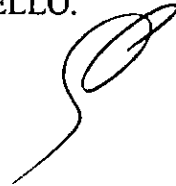
ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLOVIS ALVES
Presidente


MARCOS RODRIGUES DE MELLO
Relator

Formalizado em: 19 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES. PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA WALDIR VEIGA ROCHA, ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



Relatório

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte identificada, autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização n.º 09.1.03.00-2005-00201-8 (fls. 01/04), a contribuinte acima qualificada, por meio do Ato Declaratório Executivo-Exclusão do Simples n.º 080/2005, de 01 de dezembro de 2005, de emissão do Delegado da Receita Federal em Cascavel/PR (fl. 2848), foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-Simples, com efeitos a partir de 13/10/1997, tendo como causa do evento a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não eram os verdadeiros sócios, conforme previsto nos arts. 12 e 14, IV, da Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

2. Constatou do Termo de Informação Fiscal n.º 206/2005 (fls. 3604/3611) e do Termo de Constatação Fiscal n.º 208/2005 (fls. 1915/1930 e 3619/3634), lavrados, em 01/12/2005, pela Seção de Fiscalização e Controle Aduaneiro-FIANA da DRF-Cascavel/PR, que a interessada foi constituída, em 01/10/1997, em nome das interpostas pessoas Odelir Vital Pilatti (CPF n.º 240.636.499-20) e Davi Soares (CPF n.º 738.617.589-20), ambos com diminuta capacidade financeira, razão pela qual os verdadeiros proprietários Warlei José Frizzo (CPF n.º 591.338.999-91) e Irceu Picini (CPF n.º 431.219.699-00) foram declarados pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários devidos pela pessoa jurídica, conforme previsto no art. 134 e 135 do CTN (Termo de Responsabilização n.º 215/2005, às fls. 2049/2050).

3. Em decorrência da exclusão do Simples, foram lavrados, em 02/12/2005, autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição para o Programa de Integração Social, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA

4. O auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1958/1579) exige o recolhimento de R\$ 293.911,12 a título de imposto e R\$ 440.866,64 a título de multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44, II, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além dos acréscimos legais.

5. A contribuinte teve seu lucro arbitrado em face de ter sido excluída do Simples e não cumprir as obrigações acessórias necessárias e indispensáveis à adoção do lucro real e o lucro presumido, conforme descrito no item 2 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956) e com fundamento no art. 530, III, do RIR de 1999 (Decreto n.º 3000, de 17 de junho de 1999).

6. O lançamento fiscal decorreu das seguintes infrações:

6.1 omissão de receitas caracterizada pela falta de escrituração de pagamentos, conforme descrito no item 5 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), com infração ao disposto nos arts. 281, II, 288, 532 e 537 do RIR de 1999:

. ano-calendário de 2000 – 1º trimestre.....R\$	56.303,56
. ano-calendário de 2000 – 2º trimestre.....R\$	69.760,77
. ano-calendário de 2000 – 3º trimestre.....R\$	77.015,09
. ano-calendário de 2000 – 4º trimestre.....R\$	88.407,90
. ano-calendário de 2001 – 1º trimestre.....R\$	103.342,53



. ano-calendário de 2001 – 2º trimestre.....	R\$	103.820,45
. ano-calendário de 2001 – 3º trimestre.....	R\$	105.097,19
. ano-calendário de 2001 – 4º trimestre.....	R\$	139.259,18
. ano-calendário de 2002 – 1º trimestre.....	R\$	129.094,44
. ano-calendário de 2002 – 2º trimestre.....	R\$	147.367,26
. ano-calendário de 2002 – 3º trimestre.....	R\$	197.079,05
. ano-calendário de 2002 – 4º trimestre.....	R\$	238.964,26
. ano-calendário de 2003 – 1º trimestre.....	R\$	291.996,98
. ano-calendário de 2003 – 2º trimestre.....	R\$	274.199,93
. ano-calendário de 2003 – 3º trimestre.....	R\$	269.953,67
. ano-calendário de 2003 – 4º trimestre.....	R\$	248.382,72
. ano-calendário de 2004 – 1º trimestre.....	R\$	173.273,58
. ano-calendário de 2004 – 2º trimestre.....	R\$	121.916,50
. ano-calendário de 2004 – 3º trimestre.....	R\$	175.250,09
. ano-calendário de 2004 – 4º trimestre.....	R\$	200.422,60

6.2 omissão de receitas caracterizada pela existência de depósitos bancários de origem não comprovada, mantida em conta bancária não contabilizada, conforme descrito no item 6 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), com infração ao disposto nos arts. 27, I, e 42 da Lei nº 9.430, de 1996, e arts. 287, 288, 532 e 537 do RIR de 1999:

. ano-calendário de 2000 – 1º trimestre.....	R\$	787.948,34
. ano-calendário de 2000 – 2º trimestre.....	R\$	497.098,43
. ano-calendário de 2000 – 3º trimestre.....	R\$	955.995,96
. ano-calendário de 2000 – 4º trimestre.....	R\$	3.611.183,44
. ano-calendário de 2001 – 1º trimestre.....	R\$	3.438.091,64
. ano-calendário de 2001 – 2º trimestre.....	R\$	315.107,98
. ano-calendário de 2001 – 3º trimestre.....	R\$	16.485,47

6.3 valor das receitas indevidamente declaradas com base no Simples, conforme descrito no item 3 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), com fundamento nos arts. 15, § 1º, II, “a” combinado com o art. 16 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995:

. ano-calendário de 2000 – 1º trimestre.....	R\$	54.256,00
. ano-calendário de 2000 – 2º trimestre.....	R\$	53.690,00
. ano-calendário de 2000 – 3º trimestre.....	R\$	58.060,00
. ano-calendário de 2000 – 4º trimestre.....	R\$	63.829,00
. ano-calendário de 2001 – 1º trimestre.....	R\$	46.812,00
. ano-calendário de 2001 – 2º trimestre.....	R\$	65.788,00
. ano-calendário de 2001 – 3º trimestre.....	R\$	93.673,00
. ano-calendário de 2001 – 4º trimestre.....	R\$	105.987,00
. ano-calendário de 2002 – 1º trimestre.....	R\$	98.186,00
. ano-calendário de 2002 – 2º trimestre.....	R\$	105.281,00
. ano-calendário de 2002 – 3º trimestre.....	R\$	97.184,06
. ano-calendário de 2002 – 4º trimestre.....	R\$	104.712,00
. ano-calendário de 2003 – 1º trimestre.....	R\$	109.083,00
. ano-calendário de 2003 – 2º trimestre.....	R\$	124.353,00
. ano-calendário de 2003 – 3º trimestre.....	R\$	214.290,00
. ano-calendário de 2003 – 4º trimestre.....	R\$	319.791,00
. ano-calendário de 2004 – 1º trimestre.....	R\$	337.734,00
. ano-calendário de 2004 – 2º trimestre.....	R\$	280.690,00



. ano-calendário de 2004 – 3º trimestre.....R\$	278.768,00
. ano-calendário de 2004 – 4º trimestre.....R\$	242.694,00

6.4 receitas escrituras e não declaradas, conforme descrito no item 4 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), com fundamento no art. 532 do RIR de 1999:

. ano-calendário de 2004 – 3º trimestre.....R\$	20.000,00
. ano-calendário de 2004 – 4º trimestre.....R\$	142.000,00

CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

7. O auto de infração de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. fls. 1980/2002) exige o recolhimento de R\$ 103.022,61 a título de contribuição e R\$ 154.533,77 a título de multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, além dos acréscimos legais.

8. O lançamento refere-se à omissão de receitas caracterizada pela falta de escrituração de pagamentos e por depósitos bancários de origem não comprovada, além das receitas indevidamente declaradas com base no Simples e das receitas escrituradas e não declaradas, conforme descrito nos itens 3 a 6 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), citado na peça básica. Tem como fundamento legal o arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, arts. 2º, I, 8º, I, e 9º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e arts. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

9. O auto de infração de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 2003/2025) exige o recolhimento de R\$ 172.310,89 a título de contribuição e R\$ 258.466,27 a título de multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, além dos acréscimos legais.

10. O lançamento refere-se à mesma infração que deu causa ao lançamento de IRPJ, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1936/1956), citado na peça básica, com infração ao disposto no art. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996, e art. 6º da Medida Provisória nº 1.858, de 1999, e suas reedições.

CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

11. O auto de infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 2026/2046) exige o recolhimento de R\$ 475.490,07 a título de contribuição e R\$ 713.234,95 a título de multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, além dos acréscimos legais.

12. O lançamento, com fundamento nos art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias nºs 1.807, de 1999, e 1.858, de 1999, e suas reedições, e arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22, e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002, refere-se à omissão de receitas caracterizada pela falta de escrituração de pagamentos e por depósitos bancários de origem não comprovada, além das receitas indevidamente declaradas com base no Simples e das receitas



escrituradas e não declaradas, conforme descrito nos itens 3 a 6 do Termo de Constatação Fiscal (fls. 1936/1956), citado na peça básica.

13. Às fls. 2049/2050, o Termo de Responsabilização nº L-215/2005 (fls. 2049/2050), por meio do qual os sócios de fato da interessada, Irceu Picini e Warlei José Frizzo, foram declarados pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário constituído, conforme previsto nos arts. 134 e 135 do CTN.

14. Cientificada em 05/12/2005, a interessada ingressou, em 04/01/2006, por intermédio de seu representante legal (mandato à fl. 05), com a manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples (fl. 3647/3663), cujo teor é sintetizado a seguir.

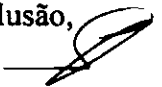
14.1. Argüi a preliminar de nulidade do Ato Declaratório de Exclusão, ao argumento de cerceamento de defesa, porquanto o prazo para apresentação de defesa foi reduzido para apenas 20 dias em decorrência da demora na obtenção de cópia das peças dos autos, haja vista somente tê-la recebido em 16/12/2005, inobstante as várias tentativas de consegui-la, sendo a primeira no mesmo dia em que foi cientificada do lançamento fiscal.

14.2. Aduz que, tendo o Ato de Exclusão retroagido seus efeitos até o dia 13/10/1997, tal retroação visaria o lançamento de tributos cujos fatos geradores já estariam alcançados pela decadência (arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN e arts. 898, I, e 899 do RIR de 1999).

14.3. Quanto ao mérito, assevera a inaplicabilidade de penalidade após cinco anos da data da infração, conforme disposto no art. 78 da Lei nº 4.502, de 1964; que se trata de prazo prescricional, findo o qual a autoridade administrativa não mais poderá aplicar a penalidade, independentemente de estar ou não em aberto o prazo decadencial para a constituição do tributo.

14.4. Alega que a autoridade fiscal presumiu ter havido a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não seriam seus sócios verdadeiros; que, todavia, o ato administrativo deve refletir a verdade real e, portanto, pautar-se em fatos precisos e incontroversos, não sendo admitida a exclusão do Simples com base em argumentos falaciosos; que é imperativo ter em mente que as presunções em matéria tributária devem ser encaradas com cautela, sob pena de se desrespeitar os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada; que, por não haver presunções absolutas no direito tributário, não pode o fisco aplicar penalidade baseada em supostas infrações; que, se a jurisprudência pátria é tranqüila em não admitir a mera presunção como meio de tributação, também não o será para a aplicação de penalidade.

14.5. Argüi que não há nos autos qualquer evidência irrefutável que possa atribuir a propriedade da empresa à pessoa de Warlei José Frizzo, Gilson Roberto Frizzo e Irceu Picini; que a fiscalização atribui a condição de dono a Irceu e Warlei pelo fato de notas fiscais de sua emissão conterem as observações “autorizado por Irceu”, “autorizado por Warlei” ou “autorizado por Darci”; que o fato de ter autorizado a execução de pequenas despesas não significa absolutamente que essas pessoas detinham de fato a sociedade; que atribuir veracidade absoluta a declarações de terceiros, que o fizeram sabe-se lá porque, talvez movidos por intenções escusas, gera insegurança jurídica; que é público e notório, inclusive reconhecido pela fisco, que Irceu Picini afastou-se de qualquer atividade empresarial em janeiro/2001, ficando no cargo de prefeito de Salgado Filho até dezembro/2004; que, se devida a exclusão,



ela não poderia retroagir a período anterior a 01/01/2002, conforme decidiu o Conselho de Contribuintes no Acórdão n.º 301-32201.

14.6. Ao final requer a restauração do direito de permanecer no Simples e que todas as intimações relacionadas com o presente feito sejam encaminhadas ao procurador que esta manifestação de inconformidade subscreve; também requer seja deferida a produção de prova pericial contábil.

15. A interessada também apresentou, em 04/01/2006, por intermédio de seu representante legal (mandato à fl. 2056), as tempestivas impugnações de fls. 2071/2114 (IRPJ), 2115/2169 (CSLL), 2170/2239 (PIS) e 2240/2309 (Cofins), cujo teor é sintetizado a seguir.

14.1 Argüi a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, porquanto teve reduzido para apenas 20 dias o prazo para apresentação da impugnação, em decorrência da demora na obtenção de cópia das peças dos autos, haja vista somente tê-la recebido em 16/12/2005, inobstante as várias tentativas para consegui-la, sendo a primeira no mesmo dia em que foi cientificada do lançamento fiscal.

14.2 Aduz que os períodos de apuração de janeiro a novembro/2000 já estariam alcançados pela decadência (arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN e arts. 898, I, e 899 do RIR de 1999), pois o art. 173, I, do CTN seria inaplicável ao caso em face de não ter sido comprovada a ocorrência de dolo nas ações ou omissões a ela atribuídas; que o conceito de dolo, segundo o art. 18, I, do Código Penal, é quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; que, para que essa intenção reste provada, de maneira segura e irrefutável, seria imprescindível que houvesse a declaração dos supostos infratores de que os atos foram praticados com a intenção de sonegar, porquanto a vontade é manifestação subjetiva e ninguém, a não ser o próprio agente, poderia afirmar que tenha ocorrido; que a prova de não ter havido intenção de sonegação consta do próprio Termo de Constatação Fiscal n.º L-214/2005, subitem 9.10, em que se concluiu que a contribuinte, ao optar pelo Simples, sofreu tributação mais onerosa do que teria se optasse pelo lucro presumido.

14.3 Quanto ao mérito, insurge-se contra o fato de o arbitramento do lucro decorrer da falta de opção pelo lucro presumido, conforme previsto no art. 526, §§ 3º e 4º do RIR de 1999, vez que ela não poderia jamais ter registrado sua opção por essa modalidade de tributação por já haver optado pelo Simples, sendo que uma é excludente da outra.

14.4 Salaria que mantém sua opção pelo Simples e que a exclusão foi efetuada de ofício e está em fase de contraditório; que já apresentou os livros obrigatórios previstos no art. 7º da Lei n.º 9.317, de 1996 (Livro Caixa e do Registro de Inventário) e que não procede a alegação de que o arbitramento foi justificado pelo fato de o Livro Caixa, dos anos de 2000 e 2001, conter lançamentos globais de compra e venda (subitem 2.3), vez que foram apresentados os livros fiscais de ICMS e todos os documentos fiscais que embasaram os lançamentos; que também não procede a alegação de falta de apresentação do Livro Razão dos anos-calendário de 2002 a 2004 em face de a Lei n.º 9.317, de 1996, dispensar tal obrigação; que apresentou o Livro Diário que, a despeito de ter lançamentos com partidas mensais nos anos-calendário de 2002 e 2003, está acompanhado de todos os documentos que lhe dão suporte; quanto ao ano-calendário de 2004, mesmo não restando motivo algum para arbitramento, ainda assim o lançamento foi assim efetuado; que, se cabível a exclusão do Simples, que seja aplicada a regra do art. 16 da Lei n.º 9.317, de 1996, especialmente para adoção do lucro presumido.

[Handwritten signature]

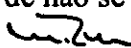

[Handwritten signature]

- 14.5 Argui ter havido duplicidade de lançamento sobre a mesma matéria, uma sobre a omissão de receita caracterizada por falta de registro de pagamentos (salário, encargos e combustíveis) e por outra por depósitos bancários de origem não comprovada; que, ao se considerar os depósitos bancários como omissão de receitas, o fisco corretamente descontou os valores das receitas declaradas e atribuiu, por presunção, que o restante seria receita omitida; que é descabida a alegação fiscal de que tanto os depósitos quanto as despesas constituem saídas de caixa e, portanto, refletem omissões de receitas; que tal argumento carece de melhor fundamentação, pois a movimentação bancária é composta de depósitos (saídas de caixa) e saques (entradas de caixa), sem o que, ao existir somente depósitos, o saldo deveria estar no banco; que o fisco não poderia atribuir-lhe o ônus de provar que os valores sacados foram realmente utilizados no pagamento das despesas, pois tal prova seria impossível em face de a presunção legal caracterizada por pagamentos não contabilizados não refletir a verdade real, e por se tratar de fatos pretéritos, ocorridos há mais de cinco anos.
- 14.6 Requer a compensação com os valores recolhidos a título de Simples, sob pena de se incorrer em *bis-in-idem*, tendo tal fato sido registrado pelo agente fiscal no Termo de Constatação Fiscal n.º L-214/2005, subitens 1.3 a 1.5; que a compensação é um direito de quem recolheu tributo a maior ou indevidamente.
- 14.7 Argui que após o advento do CTN, as multas foram apresentadas sempre com caráter punitivo, mesmo aquelas que eventualmente tenham cunho de multa moratória (parágrafo único do art. 134 do CTN); que seria inaplicável qualquer penalidade após cinco anos da data da infração, conforme disposto no art. 78 da Lei n.º 4.502, de 1964; que se trata de prazo prescricional, findo o qual a autoridade administrativa não mais poderá aplicar penalidade, independentemente de estar ou não em aberto o prazo decadencial para a constituição do tributo.
- 14.8 Alega que a multa de 150% parece exagerada e ofende o princípio constitucional do não-confisco (art. 5º, XXII, da C.F.); que o STF vem adotando o entendimento de que as multas aplicadas em razão de infrações tributárias não podem exceder a 30% do valor do tributo.
- 14.9 Entende que a aplicação de presunção de omissão de receitas seria ilegal; que instada a declarar a origem dos valores creditados em conta bancária, não logrou êxito em razão desses valores se referirem a depósitos efetuados nos anos de 2000 e 2001, e ser impossível se lembrar de cada valor creditado; que a fiscalização baseou-se apenas em mera presunção, não fazendo qualquer comprovação do alegado, o que não pode ser aceito sob pena de se ferir o princípio da verdade real, que está em oposição à pouco aceitável verdade formal; que as presunções legais em matéria tributária devem ser encaradas com cautela, sob pena de se desrespeitar os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada; que a jurisprudência pátria é tranqüila em não admitir a mera presunção como meio de tributação.
- 14.10 Protesta contra a utilização da taxa Selic como juros moratórios de créditos tributários; que a taxa Selic não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, seja porque carente de legislação que a institua (contrariando assim o disposto no art. 161, § 1º, do CTN), seja porque os valores acumulados de tal taxa em nada se coadunam com o disposto no art. 192, § 3º, da Constituição Federal (juros de 12% ao ano), seja porque sua natureza é de juros

idem



remuneratórios e não moratórios, contrariando uma vez mais a disposto no CTN, norma de hierarquia superior à Lei n.º 9.065, de 1995.

- 14.11 Ao final requer que todas as intimações relacionadas com o presente feito sejam encaminhadas ao procurador que esta impugnação subscreve, e que seja deferida a produção de prova pericial contábil.
- 14.12 Na impugnação ao lançamento de CSLL acrescentou que seria inconstitucional a majoração de alíquota – de quatro pontos percentuais para os fatos geradores ocorridos de 01/05/1999 a 31/01/2000 e de um ponto percentual de 01/02/2000 a 31/12/2002 – inicialmente prevista pela Medida Provisória n.º 1.807, de 1999, art. 6º, que foi reeditada sucessivamente até a edição da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001; que, como a MP n.º 1.807, de 1999, regulamentou o art. 195 da Constituição Federal, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, é forçoso reconhecer a patente inconstitucionalidade daquela medida provisória (e reedições) em face de o art. 246 da C.F. vedar a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.
- 14.13 Também aduz que a MP n.º 1.858-6, de 1999, reedição da MP n.º 1.807, de 1999, perdeu sua eficácia por ter sido reeditada pela MP n.º 1.858-7, de 1999, 31 dias após a sua publicação; que, na tentativa desesperada de corrigir seu descuido, o Presidente de República disciplinou no art. 23 da MP n.º 1.858-7 que ficam convalidados os atos praticados com base na MP n.º 1.858-6, de 1999; que esse ato é cravejado por dois vícios: invade a esfera de competência constitucionalmente estabelecida ao Congresso Nacional e por convalidar algo que é nulo no mundo jurídico; que como a MP n.º 1.858-7, de 1999, é nula e não apta a produzir efeitos, conclui que todas as reedições posteriores são também nulas.
- 14.14 Em relação aos lançamentos de PIS e Cofins, acrescenta que de suas bases de cálculos deviam ser deduzidas as vendas não recebidas; que a Lei n.º 9.718, de 1998, art. 3º, § 2º, I, dispôs que excluem-se da receita bruta as vendas canceladas, mas em momento algum o legislador definiu o alcance de vendas canceladas, razão pela qual cabe ao intérprete e aplicador da lei fazê-lo; que o contrato de compra e venda é oneroso, visto que ambas as partes auferem vantagens patrimoniais de suas prestações, pois o sacrifício da perda da coisa corresponderá ao proveito do recebimento do preço avençado, e, de outro lado, o sacrifício do pagamento do preço ajustado corresponderá ao proveito do recebimento do bem.
- 14.15 Aduz que a expressão “vendas canceladas” significa o desfazimento, anulação ou baixa do contrato de compra e venda, seja por acordo entre as partes, seja por falta de entrega ou de devolução da mercadoria, ou ainda por inadimplência do comprador; que por consequência, o não pagamento do avençado importa em cancelamento do contrato; que a legislação em vigor, ao tratar das bases de cálculo dessas contribuições, não utilizou a expressão ingressos por pretender tributar apenas os valores que se agregam ao patrimônio da empresa, e não aqueles que apenas transitam por ela; que ao tentar tributar valores não recebidos, sob argumento de não se tratar de vendas canceladas, estar-se-á ofendendo a sua capacidade contributiva. 
- 

- 14.16 Argumenta que da base de cálculo devem também ser excluídos os valores computados como receita que tenham sido transferidos para terceiros, conforme previsto no art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718, de 1998; que a prescrição “observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo” contida nesse dispositivo legal afronta o princípio constitucional da legalidade, vez que não cabe ao legislador delegar poderes ao Poder Executivo para estabelecer e instituir normas que regulamentem um dos critérios da hipótese de incidência tributária; que como é defeso às normas infra-legais inovarem no mundo jurídico tributário, no que tange aos elementos essenciais dos tributos, é plenamente possível afirmar que as leis tributárias ou são auto-executáveis, ou são inconstitucionais pela impossibilidade de delegação ao Poder Executivo do papel de completá-la; que, pelo fato de estar completamente descrita a redução da base de cálculo dessas contribuições, com todos os seus elementos essenciais, tem-se que esta norma é imediatamente aplicável, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do não-confisco e da isonomia.
- 14.17 Esclarece que a Medida Provisória nº 1.991-18, de 28 de junho de 2000 (atualmente sob o nº 2.037-25), revogou o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718, de 1998; contudo, tendo sido constatado que o fundamento de validade da Lei nº 9.718, de 1998, é a Emenda Constitucional nº 20, de 1998 (que alterou o art. 195 da C.F.), tem-se que a revogação da referida norma infra-constitucional pela MP nº 1.991-18, de 2000, implica em violação do art. 246 da Constituição Federal, que determina expressamente que dispositivo constitucional alterado por emenda constitucional ulteriormente a 1995 não poderá ser regulamentado por medida provisória; que a Medida Provisória nº 1.991-18, de 2000, publicada em 10/06/2000, só teria eficácia e aplicação após decorrido o interstício de 90 dias, ou seja, 30/09/2000, razão pela qual é necessário que se expurguem os valores repassados a terceiros, referentes aos meses de janeiro/2000 a dezembro/2002.
- 14.18 Aduz que a Lei nº 9.718, de 1998, ao dispor que entende-se como receita bruta a totalidade das receitas auferidas, extrapolou os limites fixados pelo art. 195, I, da Constituição Federal (redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total das receitas; que pouco menos de um mês após a publicação da Lei nº 9.718, de 1998, foi editada a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que modificou a redação do art. 195, I, da C.F. na parte que se referia ao faturamento, e passou a autorizar a incidência também sobre as receitas; que, portanto, a exigência de contribuições sobre receitas somente passou a ser possível após a edição da EC nº 20, de 1998; que se previsão houvesse, não seria necessária a edição de emenda constitucional ampliando a possibilidade de incidência da contribuição.
- 14.19 Entende que não há dúvida de que a legitimação da tributação das receitas não-operacionais deu-se com a redefinição da base de cálculo por legislação ordinária posterior à EC nº 20, de 1998, o que foi feito pelas Leis nº 10.637, de 2002 (PIS), e 10.833, de 2003 (Cofins), apenas para as empresas sujeitas à tributação não-cumulativa; que, quanto à base de incidência dos tributos para as empresas que permaneceram com a tributação cumulativa, não houve nova definição; que, portanto, para as empresas sujeitas ao regime cumulativo de tributação, a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo pela Lei nº 9.718, de 1998, mantém seus fundamentos até a presente data.
- 14.20 Alega que a Lei nº 10.637, de 2002, e a Lei nº 10.833, de 2003, trazem distinção quanto à forma de recolhimento do Pis e da Cofins não-cumulativo entre as pessoas jurídicas que utilizam diferentes formas de escrituração do imposto de renda, dispondo que





a nova sistemática aplica-se somente àquelas que apurem o IR com base no lucro real; que, a partir do momento em que empresas em mesma situação são tributadas de forma diferenciada, resta claro a ofensa ao princípio da isonomia; que no caso em tela, como foi tributada com base no lucro arbitrado, não pôde garantir-se do direito ao desconto dos valores pagos a fornecedores, com o que o valor devido restaria bem menor do que o cobrado nos autos.

14.21 Em nome de Warlei José Frizzo e Irceu Picini foram apresentadas as impugnações de fls. 2312/2571 e 2574/2834, nas quais, além de reiterarem as alegações de defesa já apresentadas em nome da interessada, requerem que sejam eles excluídos do pólo passivo da obrigação tributária em razão da inaplicabilidade dos arts. 134 e 135 do CTN ao caso presente.

16. Encontra-se apensado aos autos o processo n.º 10935.002989/2005-11, relativo à Representação Fiscal para Fins Penais.

17. O processo administrativo n.º 10935.002975/2005-06, relativo à exclusão do Simples, foi juntado por anexação ao presente processo em cumprimento ao disposto na Portaria SRF n.º 6.129, de 2 de dezembro de 2005, art. 1.º, II

A decisão DRJ foi ementada como abaixo:

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

Data do fato gerador: 13/10/1997

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Ratifica-se o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples por restar fartamente comprovada nos autos a causa da exclusão, a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não eram os verdadeiros sócios.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal


Ano-calendário: 1997, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

Ementa: NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Demonstrado nos autos que foi possibilitado à contribuinte ter pleno conhecimento do conteúdo de todos os atos do procedimento fiscal, descabe a arguição de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, do Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUTO DE INFRAÇÃO.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, é incabível



falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

Considera-se não formulado o pedido de perícia que desatenda aos requisitos do art. 16, IV do Decreto n.º 70.235, de 1972, com a redação do art. 1.º da Lei n.º 8.748, de 1993.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

Ementa: ARBITRAMENTO DE LUCROS.

Abandonada a escrituração, em desacordo com a legislação comercial e fiscal, que registrou, de forma resumida e em partidas mensais, apenas parte das operações realizadas pela interessada, correto é o arbitramento de lucro com base na receita bruta conhecida (a declarada e a omitida).

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS.

A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica autoriza presumir que as respectivas operações foram realizadas com recursos desviados da tributação.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA.

Caracteriza omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais a interessada, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

OMISSÃO DE RECEITAS. HIPÓTESES DISTINTAS DE PRESUNÇÃO LEGAL. CONCOMITÂNCIA.

Por se referirem a hipóteses distintas de presunção legal relativa, a de omissão de receitas caracterizada por pagamentos não contabilizados é aplicável concomitantemente com a de depósitos bancários cuja origem dos créditos deixou de ser comprovada, posto que a interessada não provou que os valores sacados da conta bancária teriam sido utilizados nos pagamentos não contabilizados.



DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE SIMPLES.

Da exigência tratada nos autos devem ser deduzidas as parcelas correspondentes ao IRPJ e reflexos contidas nos recolhidos unificados de SIMPLES do período alcançado pela ação fiscal.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

Ementa: DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Caracterizada a existência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se na contagem do prazo decadencial o art. 173, I do CTN, tendo como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA.

Aplicável a multa qualificada de 150% quando caracterizado que a interessada agiu de maneira dolosa ao omitir a receita bruta por ela auferida e utilizar interpostas pessoas no quadro societário, procurando eximir a responsabilidade do sócio de fato pelo pagamento dos tributos e contribuições devidos pela pessoa jurídica.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Selic para títulos federais.

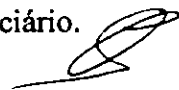
DECORRÊNCIA. PIS, COFINS E CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento ao Pis, à Cofins e à CSLL.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para se manifestar acerca da constitucionalidade ou legalidade de normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário.

Destaco no voto do acórdão recorrido: 



“Responsabilidade solidária

18. Em razão de a autoridade fiscal ter declarado, por meio de Termo de Responsabilização nº L-215/2005 (fls. 2049/2050), que integra os autos, a sujeição passiva solidária de Warlei José Frizzo e Irceu Picini, estes apresentaram as impugnações de fls. 2312/2571 e 2574/2834, nas quais, além de reiterarem as alegações de defesa já apresentadas em nome da interessada, requerem sejam eles excluídos do pólo passivo da obrigação tributária em razão da inaplicabilidade dos arts. 134 e 135 do CTN ao caso presente.

19. Portanto, faz-se necessário transcrever o disposto no art. 224 do Anexo da Portaria MF nº 30, de 25 de fevereiro de 2005, que aprovou o atual Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, *in verbis*:

“Art. 224. Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento - DRJ compete:

I - julgar, em primeira instância, conforme Anexo V, processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários, os relativos a exigência de direitos antidumping, compensatórios e de salvaguardas comerciais, e de manifestação de inconformidade do sujeito passivo contra apreciações dos Inspectores e dos Delegados da Receita Federal em processos administrativos relativos, à restituição, compensação, ao ressarcimento, à imunidade, à suspensão, à isenção e à redução de tributos e contribuições administrados pela SRF; e

II - desenvolver as atividades de sistemas de informação, excluídas as referidas no art. 132, a de programação e logística e de gestão de pessoas, e as relacionadas com planejamento, organização e modernização.

§ 1º. O julgamento de impugnação de penalidade aplicada isoladamente em razão de descumprimento de obrigação principal ou acessória será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o correspondente tributo ou contribuição, conforme previsto no Anexo V.

§ 2º. O julgamento de manifestação de inconformidade contra o indeferimento de pedido de restituição ou ressarcimento ou a não-homologação de compensação será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o tributo ou contribuição ao qual o crédito se refere, conforme previsto no Anexo V.” (Grifou-se)

20. Conforme destacado no item I acima, às Delegacias de Julgamento compete julgar os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários. Desta forma, este órgão de julgamento não é apto a se manifestar quanto à matéria atinentes à responsabilidade solidária, que são afetas ao órgão responsável por uma possível execução posterior dos valores discutidos nos autos.

21. Como os autos de infração de fls. 1958/2046 foram lavrados em nome da Transportadora Trans-Tigre Ltda., sujeito passivo das infrações apuradas, e a impugnação, válida, foi protocolada em nome do sujeito passivo já identificado, cabe à Delegacia de Julgamento, nos termos da Portaria que a rege, julgar os fatos relativos às infrações que lhe estão sendo imputadas.



22. A responsabilidade solidária apontada nos referidos autos, subsidiará uma contingente execução forçada do crédito (que não comporta benefício de ordem, nos termos do parágrafo único do inciso II do art. 124 do CTN). Desta feita, tais argumentos podem (devem) ser apresentados se porventura a referida execução forçada efetivar-se (não haver o pagamento do crédito espontaneamente, quando da intimação para tal).

23. Assim, a questão relativa a responsabilidade solidária não pode ser tratada nesse momento, por falta de previsão legal. Se e quando for necessário, será analisada pelo órgão responsável pela execução da dívida.

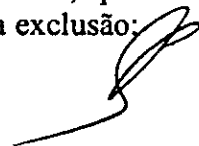
24. Além do mais, nos termos dos arts. 10 a 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, somente o lançamento mediante Auto de Infração é que comporta impugnação, não tendo essa mesma característica o Termo de Responsabilização nº L-215/2005, que não constitui crédito tributário pelo lançamento.

Dessa forma, voto no sentido de se manter integralmente a exigência em análise.”

O contribuinte tomou ciência do acórdão em 19/06/2006 e apresentou recurso em 18/07/2006.

Em seu recurso alega cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento de diligência; alega também violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; que houve irregular exclusão do simples; que seriam irregulares os efeitos retroativos da exclusão; insurge-se contra o arbitramento.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Relator

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

O acórdão recorrido recusou-se a analisar a questão da responsabilidade tributária. Houve impugnação específica dos responsáveis tributários e a DRJ se manifestou:

“Responsabilidade solidária

25. Em razão de a autoridade fiscal ter declarado, por meio de Termo de Responsabilização n.º L-215/2005 (fls. 2049/2050), que integra os autos, a sujeição passiva solidária de Warlei José Frizzo e Irceu Picini, estes apresentaram as impugnações de fls. 2312/2571 e 2574/2834, nas quais, além de reiterarem as alegações de defesa já apresentadas em nome da interessada, requerem sejam eles excluídos do pólo passivo da obrigação tributária em razão da inaplicabilidade dos arts. 134 e 135 do CTN ao caso presente.

26. Portanto, faz-se necessário transcrever o disposto no art. 224 do Anexo da Portaria MF n.º 30, de 25 de fevereiro de 2005, que aprovou o atual Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, *in verbis*:

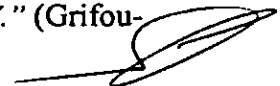
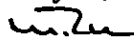
“Art. 224. Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento - DRJ compete:

I - julgar, em primeira instância, conforme Anexo V, processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários, os relativos a exigência de direitos antidumping, compensatórios e de salvaguardas comerciais, e de manifestação de inconformidade do sujeito passivo contra apreciações dos Inspectores e dos Delegados da Receita Federal em processos administrativos relativos, à restituição, compensação, ao ressarcimento, à imunidade, à suspensão, à isenção e à redução de tributos e contribuições administrados pela SRF; e

II - desenvolver as atividades de sistemas de informação, excluídas as referidas no art. 132, a de programação e logística e de gestão de pessoas, e as relacionadas com planejamento, organização e modernização.

§ 1º. O julgamento de impugnação de penalidade aplicada isoladamente em razão de descumprimento de obrigação principal ou acessória será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o correspondente tributo ou contribuição, conforme previsto no Anexo V.

§ 2º. O julgamento de manifestação de inconformidade contra o indeferimento de pedido de restituição ou ressarcimento ou a não-homologação de compensação será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o tributo ou contribuição ao qual o crédito se refere, conforme previsto no Anexo V.” (Grifou-se)



27. Conforme destacado no item I acima, às Delegacias de Julgamento compete julgar os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários. Desta forma, este órgão de julgamento não é apto a se manifestar quanto à matéria atinentes à responsabilidade solidária, que são afetas ao órgão responsável por uma possível execução posterior dos valores discutidos nos autos.

28. Como os autos de infração de fls. 1958/2046 foram lavrados em nome da Transportadora Trans-Tigre Ltda., sujeito passivo das infrações apuradas, e a impugnação, válida, foi protocolada em nome do sujeito passivo já identificado, cabe à Delegacia de Julgamento, nos termos da Portaria que a rege, julgar os fatos relativos às infrações que lhe estão sendo imputadas.

29. A responsabilidade solidária apontada nos referidos autos, subsidiará uma contingente execução forçada do crédito (que não comporta benefício de ordem, nos termos do parágrafo único do inciso II do art. 124 do CTN). Desta feita, tais argumentos podem (devem) ser apresentados se porventura a referida execução forçada efetivar-se (não haver o pagamento do crédito espontaneamente, quando da intimação para tal).

30. Assim, a questão relativa a responsabilidade solidária não pode ser tratada nesse momento, por falta de previsão legal. Se e quando for necessário, será analisada pelo órgão responsável pela execução da dívida.

31. Além do mais, nos termos dos arts. 10 a 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, somente o lançamento mediante Auto de Infração é que comporta impugnação, não tendo essa mesma característica o Termo de Responsabilização nº L-215/2005, que não constitui crédito tributário pelo lançamento.

Dessa forma, voto no sentido de se manter integralmente a exigência em análise.”

Este colegiado e também a 7ª Câmara deste 1º Conselho tem entendido de forma diferente, conforme ementas abaixo:

Número do Recurso: 150169

Câmara: SÉTIMA CÂMARA

Número do Processo: 16707.002065/2005-95

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: DAV DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. ME

Recorrida/Interessado: 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

Data da Sessão: 24/05/2007 00:00:00

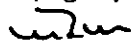
Relator: Luiz Martins Valero

Decisão: Acórdão 107-09037

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DECLARAR a nulidade da decisão de Primeira Instância para que aprecie os argumentos relativos à atribuição de responsabilidade

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE A TERCEIRO - Por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve o órgão julgador administrativo apreciar a impugnação relativa ao Termo de Atribuição de



Responsabilidade pelo crédito tributário. Processo anulado a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Número do Recurso: 154324
Câmara: QUINTA CÂMARA
Número do Processo: 10950.000320/2006-88
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ E OUTROS
Recorrente: KAMAROWSKI & PALUMBO LTDA. E OUTROS
Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR
Data da Sessão: 28/02/2007 00:00:00
Relator: Daniel Sahagoff
Decisão: Acórdão 105-16302
Resultado: OUTROS - OUTROS
Texto da Decisão: : Por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa

**Ementa: NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - Apresenta vício de nulidade o julgado proferido em preterição ao direito de defesa, caracterizado a partir da omissão na análise da responsabilidade solidária. Inteligência do art. 59, inciso II, fine do Decreto nº 70235/72.
Recurso provido.**

Comungo da motivação expressa nas decisões acima, que entendem haver cerceamento do direito de defesa pela falta de análise das razões apresentadas na impugnação dos responsabilizados tributariamente.

Assim, voto no sentido de anular a decisão recorrida para se analise as razões dos responsáveis tributários naquela instância.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008.



MARCOS RODRIGUES DE MELLO

