



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

PROCESSO Nº: 11020.002002/2005-34
RECURSO Nº : 152.381
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS – EXS. 2002 A 2005
RECORRENTE: COMÉRCIO DE ALIMENTOS PATRÍCIA LTDA
RECORRIDA : 1ª TURMA/DRJ em PORTO ALEGRE/RS
SESSÃO DE : 08 DE NOVEMBRO DE 2006
ACÓRDÃO Nº. : 105-16.134

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – O Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle interno da Administração Tributária, e, em razão disso, eventuais irregularidades que se possa identificar na sua emissão ou prorrogação não podem dar causa a nulidade do feito fiscal.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ELEMENTOS FORMADORES DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA - No direito tributário brasileiro, vive-se sob a égide da legalidade cerrada, não podendo, nem a administração tributária, nem o sujeito passivo, definir, através do seu livre arbítrio, os elementos formadores da hipótese de incidência tributária.

MULTA QUALIFICADA – Se os elementos trazidos aos autos pela Autoridade Fiscal permitem caracterizar o intuito deliberado da contribuinte de subtrair valores à tributação, é cabível a aplicação, sobre os valores apurados, da multa de ofício qualificada de 150%. O eventual conflito de enquadramento não pode dar azo à argüição de cerceamento do direito de defesa nos casos em que o sujeito passivo demonstra ter perfeito conhecimento dos fundamentos que levaram à aplicação da penalidade.

JUROS SELIC – A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. LEGALIDADE - A autoridade administrativa julgadora não detém competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei dotado de vigência plena à época da ocorrência dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

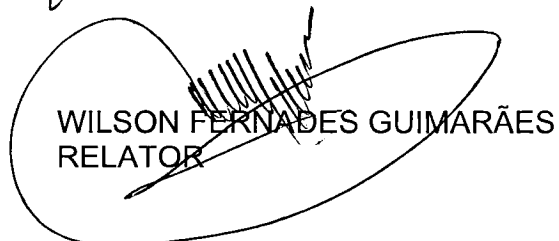
Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

fatos, não merecendo recepção, nesse âmbito, o argumento de que, no caso concreto, ocorreu violação ao princípio da hierarquia das normas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por COMÉRCIO DE ALIMENTOS PATRÍCIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta 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.


JOSE CLOVIS ALVES
PRESIDENTE


WILSON FERNANDES GUIMARÃES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 DEZ 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LUIS ALBERTO BACELAR VIDAL, DANIEL SAHAGOFF, CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA (Suplente Convocada), IRINEU BIANCHI, JOSÉ CARLOS PASSUELLO e EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

Recurso nº : 152.381
Recorrente : COMÉRCIO DE ALIMENTOS PATRÍCIA LTDA

RELATÓRIO

COMÉRCIO DE ALIMENTOS PATRÍCIA LTDA, já devidamente qualificada nestes autos, inconformada com a Decisão nº 7.870, de 22 de março de 2006, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, que manteve parcialmente o lançamento de IRPJ e reflexos, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Trata o processo das exigências de IRPJ e reflexos (Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL), relativas aos exercícios de 2002 a 2005, formalizadas em decorrência da constatação da existência de receita de revenda de mercadorias escriturada em Livro Caixa e não declarada de acordo com a legislação de regência.

A empresa foi excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 53, de 21 de junho de 2005, fls. 87, por haver ultrapassado os limites anuais de receita bruta.

Excluída do SIMPLES, na medida em que a empresa não possuía documentação que possibilitasse a apuração do resultado fiscal através do lucro real, a autoridade fiscal apurou a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por arbitramento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

Diante dos fatos apurados, a autoridade fiscal entendeu que a conduta adotada pela autuada era passível de aplicação da multa qualificada de 150%.

As razões de defesa apresentadas pela autuada, conforme peça de contestação de fls. 200/207, podem ser assim resumidas:

- que o parâmetro caracterizador das empresas de pequeno porte, ao permanecer inalterado, estaria maltratando os princípios constitucionais;

- que seria seu direito atualizar os valores das faixas de tributação para os anos-calendário relativos às autuações, de acordo com a variação do IGPM da Fundação Getúlio Vargas;

- que não pode ser aplicada a multa qualificada de 150%, por inexistir dolo, fraude ou falsificação;

- que seu gerente tem poucos conhecimentos jurídicos, contábeis e fiscais, tendo sido delegado controles nessas áreas a um modesto escritório na cidade (despachante);

- que a empresa colaborou totalmente com a fiscalização, através da prestação das informações e esclarecimentos solicitados;

- que a declaração de fls. 83¹, corroborando diferenças de receitas não tributadas, foi prestada posteriormente aos fatos que deram origem à pretendida obrigação tributária e não contém conteúdo falso;

¹ Trata-se de declaração prestada pela empresa, datada de 31 de maio de 2005, em que se afirma que houve diferenças de RECEITAS (ou VENDAS) no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004 que não foram tributadas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34

Acórdão nº: 105-16.134

- que, em razão do seu caráter remuneratório e não moratório, é indevida a exigência de juros de mora pela taxa Selic;

- que não foram deduzidos nos autos de infração os valores pagos com base na sistemática do SIMPLES;

- que o Mandado de Procedimento Fiscal nº 101.06.00.2005.00068, expedido em 14 de fevereiro de 2005, não tem validade desde seu início, pois não foi intimada da prorrogação;

- que a elevação da alíquota da Cofins além dos 2% estabelecidos pela Lei Complementar nº 70/91, pelo art. 8º da Lei nº 9.738/98, implicaria contrariedade e revogação da lei complementar, o que seria inadmissível.

Conforme documento de fls. 311/312, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre, declinando o entendimento de que os valores pagos a título de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, ainda que na sistemática simplificada, deveriam ser contemplados em sede de lançamento de ofício, requisitou a realização de diligência por parte da Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, para que fossem computados os pagamentos efetuados a título do SIMPLES antes do início do procedimento de ofício.

Às fls. 344, a autuada, ratificando as razões de defesa anteriormente apresentadas, contesta a apropriação dos créditos de SIMPLES promovida pela Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, analisando os feitos fiscais e a peça de defesa, decidiu,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

através do Acórdão nº 7.870, de 22 de março de 2006, pela procedência parcial dos lançamentos, conforme ementa de fls. 349 que ora transcrevemos.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O mandado de procedimento fiscal consiste em mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade do lançamento as eventuais falhas em sua emissão e trâmite.

SIMPLES. PARÂMETROS. A definição de microempresa e empresa de pequeno porte é definida por lei, para efeito da inclusão na sistemática do Simples.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. A sonegação de tributos enseja a aplicação da multa de ofício qualificada.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. SELIC. Questionamentos sobre inconstitucionalidade e ilegalidade de normas regularmente instituídas não podem ter foro nos tribunais administrativos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RECOLHIMENTOS EFETUADOS NA SISTEMÁTICA. Os recolhimentos espontâneos efetuados sob sistemática do Simples devem ser considerados, quando da autuação, para o cálculo das exigências de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Lançamento Procedente em Parte

Inconformada, a empresa apresentou o recurso de folhas 390/398, através do qual renova as razões trazidas em sede de impugnação, quais sejam:

1. AUSÊNCIA DE PRORROGAÇÃO DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) – alega que foi intimada da prorrogação do MPF nº 101.06.00.2005.00068-0, expedido em 14 de fevereiro de 2005, pelo Delegado da Receita Federal de Caxias do Sul, para que os trabalhos de auditoria fossem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

encerrados até 14 de junho de 2005, mas que, como os trabalhos somente foram concluídos em julho de 2005, entende que tais trabalhos foram encerrados sem autorização regular. Aduz que não se considera intimada pela internet, seja porque foi intimada originalmente por escrito e as intimações posteriores deveriam ser do mesmo modo, seja porque segundo o Decreto nº 70.235, de 1972, art. 7º, parágrafo 2º, a prorrogação tem que ser por ato escrito. Adita, ainda, que: a) o Decreto nº 70.235/72 tem força de lei e não pode ser contrariado por norma administrativa de nível inferior; b) a não intimação regular da empresa, dentro do prazo de validade do MPF anterior, implica em que a lavratura do Auto de Infração passe a ser por agente incompetente, face aos parágrafos 2º e 3º do art. 9º do art. 9º, em harmonia com o art. 10, do mesmo Decreto 70.235/72, eis que sem MPF, ou sem prorrogação regular, implica em falta de competência do agente; c) não parece correta a utilização de intimação por meio eletrônico a todas as empresas, grandes, micros ou de pequeno porte, das grandes cidades ou do interior, bem assistidas ou não por técnicos, usuárias ou não de internet. Afirma também que tentou verificar na internet se teria ou não havido prorrogação do MPF e não conseguiu, pois não teria sido indicada nenhuma SENHA no MPF original;

2. DIREITO DE ATUALIZAR OS VALORES DAS FAIXAS DE TRIBUTAÇÃO, BEM COMO DO LIMITE DE RECEITA BRUTA QUE CARACTERIZA A EMPRESA DE PEQUENO PORTE – alega a recorrente que, com isso, não perderia a condição de empresa de pequeno porte;

3. DISCORDÂNCIA ACERCA DA MULTA DE 150% - argumenta que no relatório anexo ao auto de infração consta como norma infringida o art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, enquanto que a decisão recorrida indica como sendo o art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, a norma infringida. Para ela, isso implica em cerceamento do direito de defesa, pois não saberia qual o fundamento exato da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

aplicação da multa. Adita que não prestou nenhuma informação falsa, nem fez qualquer declaração falsa. Afirma que, embora as DIPJ emitidas pelo escritório não indicassem com exatidão o movimento escriturado no Livro Caixa, poderiam, tanto elas, como as informações nelas contidas, ser consideradas incompletas ou inexatas, mas não falsas. Adiante, chama atenção para a declaração de fls. 83 que, para ela, foi considerada como sendo uma declaração falsa por conter os termos "NÃO TRIBUTADAS". Alega, em relação a isso, que tal declaração é muito posterior aos fatos que deram origem à obrigação tributária, o que implicaria, se viciada estivesse, em multa acessória (transcreve manifestações do Primeiro Conselho de Contribuintes acerca da aplicação da multa qualificada).

4. DISCORDÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC – alega que não se trata de juros de moratórios mas sim de juros remuneratórios, posto que criada para o mercado de capitais (transcreve manifestação do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação da Taxa Selic);

5. ELEVAÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS – alega que a questão é de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Recurso lido na íntegra em plenário.

Como garantia arrolou bens.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

VOTO

Conselheiro: Wilson Fernandes Guimarães, Relator

O recurso é tempestivo, a empresa apresentou garantia através de arrolamento de bens, portanto conheço do apelo.

Tratam os autos de exigência de IRPJ e reflexos, lançados em decorrência da constatação da existência de receita de revenda de mercadorias escriturada em Livro Caixa e não declarada de acordo com a legislação de regência.

Inconformada com a decisão prolatada em primeira instância, a empresa renova, em sede de recurso voluntário, as razões trazidas por ocasião da interposição da peça impugnatória, as quais passaremos a analisar.

AUSÊNCIA DE PRORROGAÇÃO DO MANDADO DE
PROCEDIMENTO FISCAL (MPF)

Alega a recorrente que foi intimada da prorrogação do MPF nº 101.06.00.2005.00068-0, expedido em 14 de fevereiro de 2005, pelo Delegado da Receita Federal de Caxias do Sul, para que os trabalhos de auditoria fossem encerrados até 14 de junho de 2005, mas que, como os trabalhos somente foram concluídos em julho de 2005, entende que tais trabalhos foram encerrados sem autorização regular. Aduz que não se considera intimada pela internet, seja porque foi intimada originalmente por escrito, e as intimações posteriores deveriam ser do mesmo modo, seja porque segundo o Decreto nº 70.235, de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

1972, art. 7º, parágrafo 2º, a prorrogação tem que ser por ato escrito. Adita, ainda, que: a) o Decreto nº 70.235/72 tem força de lei e não pode ser contrariado por norma administrativa de nível inferior; b) a não intimação regular da empresa, dentro do prazo de validade do MPF anterior, implica em que a lavratura do Auto de Infração passe a ser por agente incompetente, face aos parágrafos 2º e 3º do art. 9º, em harmonia com o art. 10, do mesmo Decreto 70.235/72, eis que sem MPF, ou sem prorrogação regular, implica em falta de competência do agente; c) não parece correta a utilização de intimação por meio eletrônico a todas as empresas, grandes, micros ou de pequeno porte, das grandes cidades ou do interior, bem assistidas ou não por técnicos, usuárias ou não de internet. Afirma também que tentou verificar na internet se teria ou não havido prorrogação do MPF e não conseguiu, pois não teria sido indicada nenhuma SENHA no MPF original.

Preliminarmente, cabe considerar que o Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle interno da Administração Tributária, e, em razão disso, eventuais irregularidades que se possa identificar na sua emissão ou prorrogação não podem dar causa a nulidade do feito fiscal.

Não obstante, às fls. 01, constata-se a emissão do competente Mandado de Procedimento Fiscal, o qual foi, devidamente cientificado ao contribuinte, e, em cujo corpo se identifica o código 00786122, o que possibilitaria ao contribuinte verificar que o procedimento tinha sido prorrogado até 13 de agosto de 2005. Não pode prosperar, portanto, a argumentação da recorrente de que não teria sido indicada nenhuma senha no Mandado de Procedimento Fiscal original.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

Ademais, a prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal original foi promovida com fiel obediência às disposições normativas em vigor (parágrafo 1º do art. 13 da Portaria SRF nº 3.007, de 2001), uma vez que foi efetuada pela autoridade outorgante através de registro eletrônico, estando disponível, na internet, tal informação. Como se vê, a luz do disciplinamento normativo que rege a matéria (e regia à época da prática dos atos sob análise), não há que se falar em ciência formal da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal. Em que pese o fato do ato administrativo em referência (Portaria SRF nº 3.007, de 2001) prever que, após cada prorrogação, o responsável pelo procedimento fiscal deve fornecer ao sujeito passivo o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, não se pode cogitar que a eventual ausência de tal providência possa macular o procedimento com base na arguição de nulidade.

DIREITO DE ATUALIZAR OS VALORES DAS FAIXAS DE TRIBUTAÇÃO, BEM COMO DO LIMITE DE RECEITA BRUTA QUE CARACTERIZA A EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

Sem maiores delongas, à evidência, a pretensão da recorrente, ainda que se possa vislumbrar elevado grau de justiça, situa-se, por completo, fora do direito, só sendo exequível mesmo no plano da expectativa. No direito tributário brasileiro, vive-se sob a égide da legalidade cerrada, não podendo, nem a administração tributária, nem o sujeito passivo, definir, através do seu livre arbítrio, os elementos formadores da hipótese de incidência tributária.

DISCORDÂNCIA ACERCA DA MULTA DE 150%



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34

Acórdão nº: 105-16.134

Argumenta a recorrente que no relatório anexo ao auto de infração consta como norma infringida o art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, enquanto que a decisão recorrida indica como sendo o art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, a norma infringida. Para ela, isso implica em cerceamento do direito de defesa, pois não saberia qual o fundamento exato da aplicação da multa. Adita que não prestou nenhuma informação falsa, nem fez qualquer declaração falsa. Afirma que, embora as DIPJ emitidas pelo escritório não indicassem com exatidão o movimento escriturado no Livro Caixa, poderiam, tanto elas, como as informações nelas contidas, serem consideradas incompletas ou inexatas, mas não falsas. Adiante, chama atenção para a declaração de fls. 83 que, para ela, foi considerada como sendo uma declaração falsa por conter a expressão "NÃO TRIBUTADAS". Alega, em relação a isso, que tal declaração é muito posterior aos fatos que deram origem à obrigação tributária, o que implicaria, se viciada estivesse, em multa acessória (transcreve manifestações do Primeiro Conselho de Contribuintes acerca da aplicação da multa qualificada).

No que diz respeito ao aparente conflito de enquadramento, releva notar que, apesar de alegar cerceamento do direito de defesa, a recorrente demonstra ter perfeita compreensão de que a multa foi aplicada de forma qualificada em virtude do entendimento da autoridade fiscal de que a sua conduta denotou intenção de não pagar os tributos na medida certa.

Em conformidade com o Relatório de Auditoria Tributária (fls. 61/70), a conduta adotada pela empresa revelou intenção de, sistematicamente, não declarar parte substancial das receitas de vendas para se manter enquadrado no sistema simplificado e unificado de recolhimento de tributos e contribuições.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

Dados extraídos dos quadros apresentados pelo citado Relatório de Auditoria Tributária indicam que não poderia ser outra a conclusão da autoridade fiscal, senão vejamos:

Ano-Calendário	Receita Bruta Escriturada	Receita Bruta Declarada	Diferença
2000	1.263.049,08	817.549,08	445.500,00
2001	1.242.562,56	632.562,56	610.000,00
2002	1.432.935,48	662.935,48	770.000,00
2003	2.066.004,27	718.487,86	1.347.516,41
2004	2.855.992,82	850.525,14	2.005.467,68

Diante desses números, não nos parece razoável a afirmação de que se trata de mera declaração inexata, sendo inexistente a intenção, o dolo, de submeter à tributação, de forma reiterada, parcela significativamente inferior a que era efetivamente devida. Tais números revelam maior dimensão quando comparamos os valores totalizados. Nesse sentido, no período objeto de investigação fiscal, que alcança os anos de 2000 a 2004, a recorrente escriturou no seu Livro Caixa receitas no montante de R\$ 8.860.544,21, porém, para fins de tributação, declarou, tão-somente, R\$ 3.682.060,12, ou seja, deixou de pagar os tributos e as contribuições devidas sobre a significativa parcela de R\$ 5.178.484,09.

Cabe notar, por relevante, que a própria recorrente admite que não tributou tais receitas (fls. 83)

DISCORDÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº: 11020.002002/2005-34
Acórdão nº: 105-16.134

No que tange à taxa de juros Selic, é importante ressaltar, a matéria já foi objeto de apreciação pelo Pleno do Primeiro Conselho de Contribuintes, tendo sido objeto da súmula nº 04, que assim dispõe:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

ELEVAÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS

Argumenta a recorrente que a elevação da alíquota da Cofins além dos 2% estabelecidos pela Lei Complementar nº 70, de 1991, por lei ordinária, implicaria contrariedade e revogação da lei complementar, o que seria inadmissível.

Não obstante discordar da tese aqui esposada, cabe esclarecer que a autoridade administrativa julgadora não detém competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei dotado de vigência plena à época da ocorrência dos fatos, não merecendo recepção, nesse âmbito, os argumentos trazidos pela recorrente.

Assim, conheço do recurso e no mérito nego-lhe provimento.

Brasília DF, 08 de novembro de 2006.

WILSON FERNANDES GUIMARÃES