

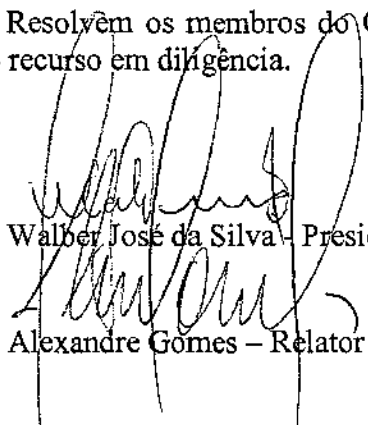


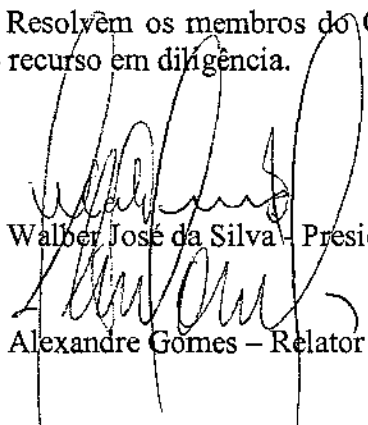
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001471/2007-48
Recurso nº 152.971
Resolução nº 3302-00.029 – 3a Câmara/ 2a Turma Ordinária
Data 03 de dezembro de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO - SP.

RESOLUÇÃO N.º 3302-00.029

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.


Walber José da Silva - Presidente


Alexandre Gomes – Relator

EDITADO EM: 30/03/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Por fielmente retratar o assunto dos autos, transcrevo o relatório elaborado na DRJ de São Paulo:

4. *Trata o presente processo de Autos de Infração de fls. 355 a 358 e de fls. 367 a 370, lavrados contra o sujeito passivo em epígrafe, ciência em 22.06.2007 (fls. 373), constituindo crédito tributário de: i) COFINS no valor total de R\$ 3.464.136,96, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31.05.2007, referente aos períodos de 10.2001 a 12.2003 e 02.2004 a 06.2004, com enquadramento legal exposto às fls. 354 e 358 ii) PIS no valor total de R\$ 1.440.898,10, incluindo-se tributo, multa proporcional e juros de mora, estes calculados até 31.05.2007, referente aos períodos de 10.2001 a 12.2003 e 03.2004 a 06.2004, com enquadramento legal exposto às fls. 366, 369 e 370.*

5. *No Termo de Verificação e Esclarecimento de fls. 342 a 347 a autoridade fiscal autuante informa que:*

Procedendo a Verificações Preliminares, relativas aos períodos de apuração de 10.2001 a 12.2006, foram confrontados os valores contabilizados a título de PIS e COFINS com os valores declarados nas DIPJs e nas DCTFs;

Examinando os Livros Diário Geral nº 7, 8 e 9 referente aos lançamentos contábeis dos anos calendários de 2001, 2002, 2003 e 2004 foi constatado que a empresa contabilizou valores devidos ao PIS e à COFINS (fls. 160 a 337), declarando montantes devidos a menor nas DIPJ e nas DCTF (fls. 343/344);

Em 05.06.2007 foi lavrado o Termo de Constatação e Intimação (fls. 338 a 340) através do qual a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos/justificativas sobre as diferenças não declaradas/pagas, porém, decorrido o prazo para atendimento da intimação, a empresa não esclareceu/justificou as diferenças apuradas;

As diferenças apuradas de COFINS e PIS foram objeto de lançamento de ofício;

Nos períodos onde foram apuradas as irregularidades (declaração inexata) foi constatado que a pessoa jurídica, embora tenha contabilizado e apurado corretamente o tributo devido, declarava a menor, sistemática e reiteradamente, os valores devidos na DIPJ e DCTF. Por se tratar de procedimento contumaz, tendo como intenção o não recolhimento do tributo, os fatos relatados, em tese, demonstram que as declarações inexatas constituem-se em ato simulado, tal como definido no art. 102, I e II do Código Civil aprovado pela Lei nº 2.071/16. Tendo em vista os fatos relatados, efetuados com o evidente

intuito de fraude, foi aplicada a multa de 150%, conforme §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96;

Tendo em vista que a infração fiscal praticada é também a realização fática do tipo penal do art. 1º, I da Lei nº 8.137/90, foi protocolizado Representação Fiscal para Fins Penais Processo nº 19515.001632/2007-01 a qual está apensada ao processo nº 19515.001470/2007-01.

6. *Inconformada com os lançamentos, a interessada interpôs em 20.07.2007 a impugnação de fls. 379 a 419, acompanhadas de documentos de fls. 420 a 429, onde alega, em síntese, o que se segue:*

Conforme art. 11, IV do Decreto nº 70.235/72 é o Delegado da Receita Federal que deveria ter assinado o auto de infração e não o fez, tampouco autorizou seus subordinados. Não tendo sido o auto de infração assinado pelo chefe do órgão expedidor ou por outro servidor autorizado, a Sra Fiscal é incompetente para assiná-lo, motivo pelo qual impõe-se a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72;

No Termo de Verificação e Esclarecimento a autoridade fiscal não apresenta o motivo para o procedimento fiscal na defendente. Contudo, quando iniciou o procedimento fiscal, informou que era em decorrência da movimentação financeira incompatível com a receita declarada referente ao ano calendário 2003. Uma vez motivado o ato, fica a autoridade responsável em comprovar a existência do motivo, sob pena de contaminar todo o ato administrativo, tornando-o também inexistente;

Cita a teoria dos motivos determinantes e transcreve o conceito da professora Maria Silvia Zanella de Di Pietro: "Ainda relacionado com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal como que, se inexistente ou falsos, implicam nulidade. Por outras palavras, quando a administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.";

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72 prevê os requisitos essenciais do ato praticado por autoridade fiscal, e do art. 50 da Lei nº 9.784/99 esclarece sobre a obrigatoriedade da correta indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato administrativo que negue, limite ou afete direitos ou interesses ou, ainda, que imponha ou agrave deveres, encargos ou sanções;

A fiscalização possuía fundamentação para fiscalizar a defendente através da movimentação financeira incompatível com a receita declarada relativamente ao ano calendário de 2003, contudo, em momento algum apresentou motivo para verificações relativas à movimentação financeira dos valores contabilizados nos anos calendários de 2001 e 2002, não devendo prevalecer a autuação fiscal

A defendente efetuou o pagamento dos tributos devidamente escriturados em sua contabilidade, sendo assim deve ser aplicada a norma do art. 150, §4º do CTN. Com isso, para todos os fatos

geradores ocorridos até 31.12.2001, consumou-se a decadência em 31.12.2006 antes, portanto, do lançamento formalizado através do auto de infração emitida no ano de 2007. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para corroborar seu entendimento;

A defendente informou à fiscalização que em decorrência de chuvas que inundaram a região e a empresa diversos documentos foram extraviados, ficando impossibilitada de apresentar alguns documentos fiscais;

Para cumprir suas obrigações recorria constantemente a empréstimos bancários, justificando a movimentação financeira. A empresa fazia transferências bancárias e também possuía aplicações financeiras que efetivamente foram desconsideradas. Embora os valores fossem creditados em conta corrente, não implicava fato gerador de imposto, não devendo prevalecer a autuação fiscal;

A autuação iniciou com base em mera suposição de que o saldo bancário e/ou depósitos bancários da defendente configuraria base de cálculo do tributo. É irrefutável que tal presunção não caracteriza fato gerador do tributo. É notório que a cobrança de um imposto depende da ocorrência do fato gerador (art. 114 do CTN). Uma vez que a hipótese de incidência tributária não foi concluída pois não houve auferimento de renda, não há que se falar em obrigação tributária e muito menos em crédito tributário;

Os saldos bancários, e conseqüentemente os depósitos bancários, por si só não configuram sinais exteriores de riqueza pois da sua existência não se extrai qualquer ilação quanto a uma riqueza subjacente e incontestável sob a titularidade do depositante. O lançamento do imposto de renda baseado exclusivamente em depósitos bancários consiste em lançamento ilegítimo. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente omissão de rendimento;

Uma vez que a defendente não auferiu nem consumiu a renda alegada pela autuação, nem teve aumento patrimonial incompatível com as receitas declaradas, conclui-se que não ocorreu a obrigação tributária;

Não sendo devido o principal também não o são a multa e os juros;

Foi imposta multa de 150% à defendente em razão do equivocado entendimento que a mesma praticou "ato simulado". Em momento algum a defendente praticou qualquer ato que configurasse simulação, muito pelo contrário, atendeu a todas as intimações que recebeu. Cita jurisprudência administrativa para corroborar seu entendimento;

A exigência da multa isolada nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96 é ilegal por contrariar legislação hierarquicamente superior. Cita jurisprudência administrativa para corroborar seu entendimento;

A multa aplicada contraria a lei nº 9.298/96 que limitou a multa de mora em 2%. O Fisco ao exigir a multa nestes patamares atribui fim confiscatório ao tributo, o que contraria o art. 150, IV da Constituição;

O Fisco não poderia reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculadas por taxas de juros de natureza remuneratória (como é o caso da SELIC), sob pena de ofensas ao

conceito jurídico econômico de juros moratórios e de ferir os mandamentos contidos no art. 192, §3º da Constituição e do art. 161, §1º do CTN.

7. *É o relatório.*

Com base em tudo que constava dos autos a DRJ de São Paulo manteve o lançamento em decisão que assim ficou ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/06/2004

FALTA DE DECLARAÇÃO E DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de declaração e de recolhimento dos débitos apurados com base na escrituração do sujeito passivo enseja o lançamento do principal, acrescido de multa de ofício e demais encargos legais.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/03/2004 a 30/06/2004

FALTA DE DECLARAÇÃO E DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de declaração e de recolhimento dos débitos apurados com base na escrituração do sujeito passivo enseja o lançamento do principal, acrescido de multa de ofício e demais encargos legais.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/06/2004

NULIDADE. ASSINATURA DO CHEFE DO ÓRGÃO EXPEDIDOR DO AUTO DE INFRAÇÃO. DESCABIMENTO.

Somente será considerado nulo o lançamento, se presente quaisquer das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. No caso de Auto de Infração, não há a exigência da assinatura do chefe do órgão expedidor. Presentes os requisitos essenciais do Auto de Infração, rejeita-se tal preliminar.

NULIDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO. DESCABIMENTO.

Não cabe invocar a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo, eis que o motivo determinante do lançamento, consistente na diferença apurada entre o valor escriturado e declarado, não se revela falso, inexistente, nem incorretamente qualificado pela autoridade fiscal autuante. O auto de infração ostenta

todos os requisitos básicos, notadamente a motivação, elemento fundamental do ato administrativo vinculado.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo às contribuições sociais é de dez anos, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

MULTA AGRAVADA. DIFERENÇA APURADA ENTRE VALOR ESCRITURADO E DECLARADO.

A diferença apurada entre receitas escrituradas e as declaradas ao Fisco evidenciam o intuito de fraude, e implica a exigência dos tributos com a multa agravada prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

O percentual da multa de ofício aplicada está de acordo com a legislação de regência, sendo incabível à instância administrativa manifestar-se a respeito da alegação de afronta ao princípio do não confisco.

TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na Taxa SELIC, porque se encontra amparada em lei, cuja legitimidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Irresignada com a decisão prolatada foi interposto Recurso Voluntário onde se alega:

a) que se trata de tributação reflexa, pois decorrente do processo 19515.001470/2007-01, e que os dois autos de infração possuem conexão e assim seria impossível o julgamento deste antes daquele. Requer a extinção do processo sem julgamento de mérito ou ainda que se aguarda o julgamento do auto de infração do imposto de renda;

b) que haveria desvio de motivação na fiscalização uma vez que esta se iniciou para verificação de movimentação financeira incompatível da recorrente referente ao ano base de 2003. Invoca a teoria dos motivos determinantes para pedir o cancelamento do auto de infração.;

c) alega a decadência dos lançamentos até 31/12/2001, requerendo a aplicação do disposto no art. 150 § 4º do CTN, uma vez que houveram recolhimentos nos meses dos lançamentos

d) a impossibilidade de lançamentos tributários com base em presunções e com base em depósitos bancários;

e) a ilegalidade da aplicação da multa no patamar de 150% pois não houve o evidente intuito de fraude. Além disto os patamares propostos configuram confisco e por fim requer a aplicação da multa prevista na Lei 9.298/97 (Lei de proteção ao consumidor);

f) que a taxa SELIC não pode ser utilizada pelo fisco para o cálculo dos juros moratório em função de sua natureza remuneratória, sendo portanto ilegal e inconstitucional sua aplicação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Gomes, Relator

O presente Recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

Conforme se depreende do relatório acima transcrito o presente processo trata de lançamentos de PIS e COFINS efetuados em decorrência da constatação de que o Recorrente declarava em sua DCTF e DIPJ valores a menor do que os lançados em sua contabilidade (Livro de Saídas e Razão).

Embora se procure fazer certa confusão em relação aos reais motivos do lançamento, me parece correto afirmar que não se trata de lançamento decorrente ou reflexo de movimentações financeiras sem comprovação, como quer fazer crer o Recorrente.

De fato o Mandado de Procedimento Fiscal emitido em 01/09/2006 (fls. 01), sob nº 08.1.90.00-2006-02203-0, determinava a fiscalização de IRPJ nos períodos de 01/2003 a 12/2003.

As fls. 04 consta termo de intimação fiscal onde se intima o Recorrente para apresentar seus Livros Fiscais, bem como a apresentação de extratos bancários que deram origem a movimentações financeiras nas instituições financeiras listadas.

Ato continuo o Recorrente foi instado a apresentar os Livros Diário e Razão relativos aos anos de 2001 a 2004. Foram apresentados os Livros Diário Geral nº 7, 8 e 9 de onde foram retiradas as bases de calculo do PIS e da COFINS utilizadas no lançamento.

Convém destacar também que em relação aos lançamentos de PIS não cumulativo foram utilizados somente os créditos constantes das DIPJs.

Assim, por conta destes destaques pinçados de tudo o que ocorreu no auto de infração, entendo por bem baixar o processo em diligência para que a autoridade preparadora responda:

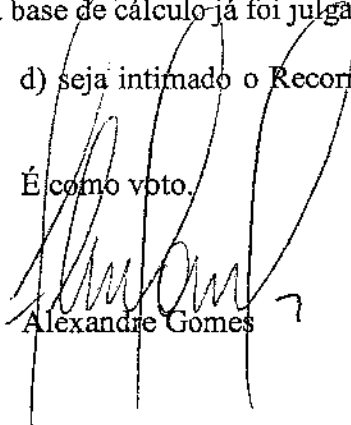
a) informe se foram expedidos mandados de procedimentos complementares nos termos do art. 10 da Portaria 4.066/2007, tendo em vista que a emissão do MPF ocorreu para a verificação de IRPJ no ano de 2003 e o auto de infração abrange competências relacionadas aos anos de 2001 a 2004.

b) Em relação ao período de 2003, sendo o PIS calculado na modalidade não cumulativa, sejam levantados nos livros, os valores relativos aos créditos a que faz jus a Recorrente, nos termos da Lei 10.637/02, e em não sendo possível a verificação a partir dos documentos existentes nos autos sejam intimada o contribuinte para que estes sejam apresentados.

c) indicar se na composição da base de cálculo do PIS foram adicionadas outras receitas, estranhas ao faturamento, por conta da redação do § 1º, art. 3º da Lei 9.718/98, cuja majoração da base de cálculo já foi julgada inconstitucional pelo STF; e,

d) seja intimado o Recorrente do resultado da presente diligência para que este se manifeste.

É como voto.


Alexandre Gomes 7