



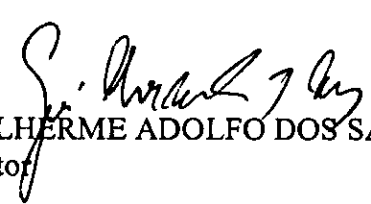
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**


Processo n° 19647.012715/2005-51
Recurso n° 159.464
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução n° 103-01.871
Data 22 de janeiro de 2008
Recorrente J. B. DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interpostos por J.B. DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA.


RESOLVEM os membros da TERCEIRA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.


LÚCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente


GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES
Relator

 FORMALIZADO EM: 06 MAR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Márcio Machado Caldeira, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Antonio Carlos Guidoni Filho, Antônio Bezerra Neto e Paulo Jacinto do Nascimento.



Relatório

DA AUTUAÇÃO E DA IMPUGNAÇÃO

Em ação fiscal direta em face do contribuinte em epígrafe, foram lavrados autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro, Pis e Cofins, às fls. 06 a 43, relativamente ao ano-calendário de 2000, no montante total de R\$16.321.450,68, onde estão incluídos a multa proporcional e juros até 30/11/2005.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 678 a 715.

Abaixo tomo de empréstimo o relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau acerca das referidas peças de acusação e defesa:

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 06 a 43, para exigência de crédito tributário referente ao ano calendário de 2002, adiante especificado:

(...)

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação dos tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados no auto de infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. A irregularidade constatada e suas conseqüências podem ser assim resumidas:

1 – OMISSÃO DE RECEITA – SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO.

Omissão de caracterizada pela não comprovação da origem e da efetiva entrega dos valores referentes ao aumento de capital efetuado pela empresa.

2 – OMISSÃO DE RECEITA – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS.

Omissão de receita caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários. A fiscalização confrontou os valores escriturados pela contribuinte em seus livros contábeis (Diário e Razão) e os extratos bancários da conta 01-00302131, agência 0012, do Banco 0641, apresentados pela própria pessoa jurídica.

3 – RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS.

Valor correspondente ao lucro operacional informado na Declaração de Informação da Pessoa Jurídica, porém não confessados em DCTF.

Decorrente da apuração da omissão de receita, itens 1 e 2, foram apurados os autos de infração da COFINS e da Contribuição para o PIS. Da mesma forma decorrente da apuração da omissão de receita, itens 1 e 2, e da falta de declaração dos valores devidos foi apurado o auto de infração da CSLL.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls.678 a 715, na qual questiona os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- Requer a contribuinte a nulidade dos autos de infração do presente processo, tendo em vista que, não procede a afirmativa da fiscalização de que a empresa foi excluída do Simples em 01/04/1999, pois jamais recebeu qualquer comunicação dando conta do ato de exclusão. De acordo com a legislação a exclusão apenas poderá ocorrer se respeitado os direitos do contribuinte, quais sejam: ser cientificado e apresentar defesa. Assim, requer a nulidade do ato de exclusão, pois não foram cumpridos os princípios basilares para a consecução de tal ato.

- Em seguida a contribuinte afirma que esta sendo cobrada de valores já recolhidos no Simples (código de arrecadação 6106).

- A impugnante citando o art. 43 do CTN discorre a respeito do fato gerador do imposto de renda, trazendo o entendimento doutrinário de Hugo de Brito Machado e Geraldo Ataliba às fls. 687/688.

Conclui a impugnante que a movimentação bancária constitui apenas indício, mas não efetiva comprovação de renda ou lucro, e desta forma não poderia ser considerado como fato gerador do imposto de renda e da CSLL.

A impugnante cita ainda as decisões administrativas emanadas pelo Conselho de Contribuintes às fls.689/691.

Alega a impugnante que "no caso em foco não houve pelo Ilmo AFRF qualquer diligência ou demonstração de que as supostas receitas omitidas seguiram a destinação de renda consumida. Não há a mais mínima correlação entre depósitos (supostas receitas) e destinações caracterizadas como renda da Impugnante. É dizer, os depósitos existem por si só, sem qualquer outra prova que justifique a autuação, o que inclusive corrobora com a verdade de que tais depósitos nada mais representam do que meras transferências bancárias e nada mais."(sic)

Acerca da impossibilidade de autuação com base puramente em depósitos bancários, cita às fls. 691/692 a Súmula 182 do Poder Judiciário, transcrevendo às fls. 326/327 e 377/378 o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Processos 1998010000622456, Rel. Des. Olindo Menezes, DJU de 29/06/2001.

- Passa a contribuinte a reclamar da base de cálculo do PIS e da COFINS alegando que deve ser deduzido, não apenas o ICMS substituto, como todo ICMS incidente. Cita a respeito da matéria opinião de Roque Antônio Carrazza, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

- Também em relação a base de cálculo a impugnante alega que a adotada pela fiscalização está em descompasso com o entendimento jurisprudencial acerca da Lei n.º 9.718/98.

Transcrevendo o art. 3º da Lei n.º 9.718/98, bem como o art.110 do CTN e ementa do TRF da 3ª Região, às fls. 280/281, requer a improcedência dos lançamentos do PIS e COFINS alegando que a base de cálculo adotada viola o disposto no art. 110 do CTN.

Assevera a impugnante que a Emenda Constitucional n.º 20 não teve o condão de validar a Lei n.º 9.718/98, "posto que é regra primária que a Constituição Federal (também suas ementas) não pode recepcionar Lei infraconstitucional que, à época de sua promulgação, era inconstitucional". Destarte, mesmo após a EC20, seria indispensável a edição de nova Lei versando sobre a matéria."(sic)

Sobre o assunto cita julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, às fls. 698/699 e do Superior Tribunal de Justiça, às fls. 699/703.

Nas fls. 703 a 710 a contribuinte reclama da aplicação da Taxa Selic como juros de mora em matéria tributária. Nas fls. 710 a 714 reclama da multa de ofício aplicada no percentual de 75% considerando confiscatória.

DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 439 a 445) deu provimento parcial à defesa, segundo os fundamentos que se seguem.

Preliminarmente

A ciência da exclusão do simples foi realizada por meio de edital, segundo sistemática que atende os requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, conforme pode ser atestado por consulta ao sistema SIVEX à fl. 752.

Ademais, durante o procedimento de fiscalização, foi instada (fl. 51) a apresentar a declaração de rendas pelo lucro real, em razão de ter apresentado equivocadamente a declaração simplificada. Em atenção à intimação, apresentou a referida declaração e respondeu à intimação, sem ressalvas.

Assim, não há como acatar a preliminar de nulidade do lançamento.

Mérito

Destaca que a impugnante não contestou as apurações de omissão de receita relativas a (i) presunção calcada em suprimento de numerário e (ii) valores informados em DIPJ, mas não declarados em DCTF.

Mantém a autuação no que se refere à omissão apurada por meio de depósitos bancários, uma vez que a presunção tem amparo legal e que o impugnante não logrou infirmá-la por meio da comprovação da origem dos depósitos.

No que se refere à alegação de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, considera que o referido imposto municipal compõe o conceito de faturamento.

Considera todos os pagamentos a título de SIMPLES, na proporção relativa a cada um dos tributos, para fins de reduzir o valor lançado.

Por fim, não toma conhecimento das alegações relativas à aplicação da taxa SELIC de juros, bem como à inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do percentual de multa, por considerar não ter competência para apreciar a questão.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 769 a 808, no qual, alega o que se segue.

Preliminarmente

Requer a nulidade do auto de infração em razão da nulidade do ato que a excluiu do Simples.



A autoridade julgadora de primeiro grau, em relação a esse ponto, rejeitou os argumentos apresentados na impugnação sob o fundamento de que a notificação teria sido realizada por meio de edital.

Nada obstante, o edital só pode ser empregado, uma vez frustradas as tentativas de notificação pessoal, nos termos do Decreto nº 70.235/72 e da Lei 9.317/96, o que jamais ocorreu.

Mérito

Reitera razões já apresentadas na defesa inaugural relativamente à (i) indevida presunção de omissão de receita calcada em depósitos bancários, (ii) à dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, (iii) à inconstitucionalidade das bases de cálculo do PIS e da COFINS estipuladas na Lei nº 9.718/98, (iv) à inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa SELIC de juros e (v) ao caráter confiscatório da multa.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, Relator

O sujeito passivo argüiu que não teve ciência do ato de exclusão do Simples. Evidentemente, a exclusão do regime simplificado é questão prejudicial do lançamento.

A autoridade julgadora de primeiro grau considerou essa questão superada, uma vez que o sujeito passivo já teria sido intimado mediante edital, conforme informação do sistema de dados à fl. 752, o qual, pela sistemática de processamento informatizado, só é expedido quando resta infrutífera a intimação postal.

Pois bem, é entendimento pacífico do Conselho de Contribuintes que a intimação por meio de edital do ato de exclusão do Simples só é legítima, quando não proficua as demais modalidades (pessoal ou postal). Abaixo transcrevo acórdão exemplificativo:

Número do Recurso: 127627

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 13882.000327/2002-15

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: SIMPLES - EXCLUSÃO

Recorrida/Interessado: DRJ-CAMPINAS/SP

Data da Sessão: 11/05/2004 14:00:00

Relator: MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Decisão: Acórdão 302-36083

Resultado: APU - ANULADO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, acolheu-se a preliminar de nulidade do procedimento de exclusão do Simples, argüida pela recorrente, nos termos do voto da Conselheira relatora.

Ementa: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÃO DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO DO SIMPLES deve ser operada por meio da emissão do Ato Declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, aplicando-se o rito do processo administrativo tributário (art. 15, § 3º, da Lei nº 9.317/96). INTIMAÇÃO POR EDITAL. A intimação por edital, prevista no inciso III do art. 23, do Decreto nº 70235/72, só pode ser utilizada quando resultarem improficuos os meios elencados no inciso I e II do mesmo dispositivo legal. ACOLHIDA, POR UNANIMIDADE A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Tal entendimento está embasado na Lei e se coaduna inclusive com ato normativo da Secretaria da Receita Federal.

O parágrafo 3º, art. 15, da Lei nº 9.317/96 assim estipula:

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

As próprias instruções normativas, que veiculavam a interpretação da SRF acerca do referido dispositivo legal, estipulavam que a legislação aplicável corresponde ao Decreto n.º 70.235/72. Segue uma das instruções:

Instrução Normativa SRF n.º 355, de 29 de agosto de 2003

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

(...)

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ADE da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

O referido decreto, em seu artigo 23, disciplina a forma por meio da qual devem ser realizadas as intimações. Abaixo, transcrevo a redação vigente na época dos fatos:

Decreto n.º 70.235/72

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II.

Em suma, a notificação do ato de exclusão é inválida se realizada por meio de edital sem que antes não tenha a autoridade tentado o meio postal ou pessoal.

Diante da afirmação do sujeito passivo de que não tomou ciência, a informação do sistema da SRF de que ela foi realizada por meio de edital e que o referido ato só é expedido no caso de a tentativa postal não ter sido profícua não pode ser tomada a favor da Administração.

Compete ao Fisco comprovar que houve tentativa de intimação postal, vale dizer, que efetivamente a correspondência foi postada e levada ao domicílio do recorrente. Isso não pode ser inferido e adotado como verdade dentro do processo apenas por meio de uma informação do sistema de controle da SRF. É necessário trazer aos autos cópia do aviso de recebimento.

O fato de o sujeito passivo no curso da fiscalização ter apresentado declaração de rendas pelo lucro real não supre essa deficiência. Não pode ser adotada como confissão de ter recebido o ato de exclusão em razão das circunstâncias de sua entrega: a declaração original

foi promovida pelo modelo simplificado e a retificadora só foi apresentada no curso da ação fiscal após ter sido intimado especificamente para tal sob o alerta de que o descumprimento ensejaria o arbitramento.

Não posso, por outro lado, neste momento processual, afirmar que a Administração deixou de promover o procedimento correto.

Para tal, considero essencial baixar os autos em diligência a fim de a autoridade local se dignar juntar ao processo cópia do aviso de recebimento ou de qualquer outro documento que considere apto a provar a realização de notificação postal ou pessoal do ato de exclusão do Simples.

Por fim, cumpre-me esclarecer que não é aplicável o disposto no § 3º, art. 59, do Decreto nº 70.235/72, o qual abaixo transcrevo:

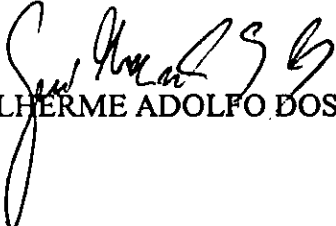
Art. 59. (...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Isso, porque o recurso não abrangeu todos os pontos da autuação relativamente ao mérito.

Voto, pois, por baixar o feito em diligência nos termos acima destacados.

Sala das Sessões, em 22 de janeiro de 2008


GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES ✓