



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

Processo nº 10410.003542/2006-60
Recurso nº 169.228 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.095 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2009
Matéria SIMPLES, Ano-calendário 2004
Recorrente Iracema Bertulina da Silva EPP
Recorrida 4ª Câmara de Julgamento da DRJ em Recife

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

Ano-calendário: 2004

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.- Procede o lançamento de ofício para exigir valores correspondentes à falta ou insuficiência de recolhimentos decorrente da omissão de receita bruta declarada ao Fisco Federal, e do reenquadramento nas faixas de alíquotas motivado pela referida omissão.

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.- Legítima a apuração da receita bruta a partir dos valores informados pelo contribuinte e atestados como verídicos ao Fisco Estadual.

MULTA DE OFÍCIO -A imposição da multa de ofício está prevista em lei que não pode deixar de ser aplicada por integrante do Poder Executivo.

JUROS DE MORA- 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 (Súmula 1º C.C. nº 4)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Ausentes, momentaneamente, os Conselheiros João Carlos de Lima Júnior e Natanael Vieira dos Santos, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

SANDRA MARIA FARONI – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 11 DEZ 2009

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado).

Relatório

O litígio sob julgamento estabeleceu-se em torno de autos de infração lavrados contra Iracema Bertulina da Silva EPP, contribuinte optante pelo regime simplificado de tributação (SIMPLES) com efeitos a partir de 05/11/2003, data de sua constituição.

A fiscalização cruzou as informações prestadas à Receita Federal com as prestadas ao Fisco Estadual e constatou que a empresa declarou para o Fisco Federal apenas 0,04% do que informou ao Fisco Estadual (planilha fl. 58).

Causaram especial estranheza ao auditor os valores declarados à Receita Federal em julho e agosto de 2004, onde se observou que para a Receita Federal a empresa se limitou a declarar os montante de receitas até a unidade de milhar, como abaixo:

Mês	Valor declarado à Sefaz-	Valor declarado na DSPJ	Diferença
Julho/2004	745.349,65	5.349,65	740.000,00
Agosto/2004	935.279,32	5.279,32	930.000,00

Ressaltou a fiscalização, também, que as receitas declaradas à SRF são incompatíveis com o volume das compras efetuadas pela empresa: em apenas dois fornecedores (Indústrias Coringa e Companhia Alagoana de Refrigerantes), as compras (R\$ 135.997,39 e R\$ 117.556,75, respectivamente), representam mais de quatro vezes o valor total declarado em 2004, que foi de R\$ 57.930,72 (fl. 72).

A fiscalização intimou a contribuinte a apresentar os livros fiscais de apuração do ICMS, de modo a possibilitar a confirmação do indício de omissão de receitas preliminarmente verificado. A empresa não atendeu à solicitação, pediu e obteve prorrogação de prazo, ao termo do qual foi dado novo prazo, e mesmo assim nada foi apresentado.

A fiscalização apurou as receitas brutas com base na Listagem do Valor Contábil das Operações e Prestações às fls. 77/79, obtidas da Sefaz-AL, e originados de informações prestadas pela própria empresa ao Fisco Estadual, com base nas vendas, registradas em notas fiscais e, principalmente, em equipamentos emissores de cupons fiscais – ECF. Lavrou os autos de infração com acusação de insuficiência de recolhimento e diferenças de base de cálculo (demonstrativos fls. 06/17)

Em impugnação tempestiva a contribuinte suscitou preliminar de nulidade do auto de infração por descumprimento de formalidades previstas no Decreto nº 70.235/72 e por descrição genérica dos fatos que ensejaram a autuação.

No mais, alegou, em síntese (a) que o lançamento é confiscatório; (b) que não foi permitida sua participação na ação fiscal; (c) que a ação fiscal foi açodada, e não respeitou o direito ao contraditório e à ampla defesa; (d) que era impossível dispor em apenas alguns dias de toda a documentação solicitada; (e) que o Fisco procedeu indevidamente ao arbitrar o lucro da empresa; (f) que as informações do ICMS não são elementos seguros para a realização do arbitramento do lucro, uma vez que as bases de incidência daquele tributo são diferentes das usadas para o IRPJ e para as contribuições sociais; (g) que o uso da Selic é inconstitucional.

Postulou (i) nulidade do auto de infração; (ii) não aplicação da multa de 75%; (iii) acolhimento dos argumentos descaracterizadores da exigência da Contribuição para a Seguridade Social – INSS – Simples.

A Turma de Julgamento, acolhendo o voto do relator, rejeitou a preliminar e julgou procedente o lançamento.

Ciente da decisão em 03 de junho de 2008, a interessada ingressou com recurso em 02 de julho, no qual reedita as razões articuladas na impugnação,

Voto

Conselheira SANDRA MARIA FARONI

Recurso tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

A preliminar de nulidade do auto de infração é de ser rejeitada.

A falta de menção de data e hora da lavratura do auto de infração poderia caracterizar irregularidade formal, que não acarreta nulidade do auto de infração, e apenas demanda correção se dela decorrer prejuízo para o sujeito passivo, o que não é o caso. Por outro lado, nem mesmo tal irregularidade se materializou, pois a falta de menção na folha de rosto do auto de infração ficou suprida pelo Termo de Encerramento de Ação Fiscal, ao qual se reporta o auto de infração, e que contém essas informações à fl. 52 (data :21/08/2006; hora: 09:00).

No campo destinado à descrição do fato, a autoridade autuante se reporta ao Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 52 a 56).. o qual contém descrição minuciosa e detalhada do fato que deu origem ao lançamento: falta ou insuficiência de recolhimento dos valores devidos, quando comparados os valores de receita bruta declarados para a Receita Federal e para o Fisco Estadual. E mais, os demonstrativos que acompanham os autos de infração evidenciam com clareza o período, a Receita Bruta Mensal informada ao Fisco Estadual, a diferença entre a receita bruta obtida pela fiscalização e a declarada á Receita Federal; as receitas brutas acumuladas durante os meses do ano-calendário que servem para o enquadramento da empresa em um dos percentuais do SIMPLES, as alíquotas aplicáveis a cada nível de receita bruta da contribuinte, com a respectiva distribuição entre as espécies de exação, etc.

A falta ou insuficiência de recolhimento apurada decorreu não só da omissão de receita bruta declarada ao Fisco Federal, mas também do reenquadramento nas faixas de alíquotas motivado pela omissão de receitas em vários meses do ano-calendário de 2004.

Quanto ao mérito, nada a acrescentar ao que já foi dito pelo relator da decisão *a quo*.

De fato, não se vislumbrou qualquer aodamento na ação fiscal, nem insuficiência de prazo para atendimento das demandas da fiscalização. A ação fiscal para fiscalizar o ano de 2004 foi iniciada no dia 24/02/2006, foi solicitada a entrega dos livros fiscais de apuração do ICMS, referentes a esse período, e dos quais a empresa dispunha, pois repassou à Sefaz-AL os valores nele escriturados. Em 18/04/2006 a empresa solicitou mais 60 dias para entregar os livros, mas não o fez, tendo sido novamente intimada em 14/07/2007 para atender em 20 dias. Em 21/08/2006 a ação fiscal foi encerrada. Ou seja, a empresa teve 160 (cento e sessenta) dias para entregar à Fiscalização os livros fiscais de apuração do ICMS e não o fez, razão pela qual sua receita bruta foi obtida a partir do sistema de informações do Fisco Estadual (valores das saídas de mercadorias para efeito de apuração do ICMS) que é alimentado pelas informações prestadas pelo contribuinte, e que é também acessado pela Receita Federal.



Reclama a interessada da falta de participação da empresa na fiscalização e o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Sobre esse ponto, além do já ressaltado pelo relator da decisão recorrida, de que a empresa recusou-se a participar do procedimento fiscal ao não fornecer os documentos solicitados pelo auditor, é importante ter em mente que os procedimentos de fiscalização e lançamento não estão regidos pelo princípio do contraditório, prevalecendo o princípio da inquisitorialidade. Segundo Alberto Xavier¹, no procedimento administrativo do lançamento,

“ o fato de ser assegurada a existência de um direito à defesa e à audiência não envolve necessariamente um modo contraditório do seu exercício, podendo a Administração limitar-se a considerar as razões apresentadas pelo administrado, sem contudo se envolver num diálogo procedimental primário.....Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma necessária audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de se tratar de um 'procedimento de massas', dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da prévia audiência individual .”

No mesmo sentido James Marins² leciona:

“(..)

Então, o procedimento fiscal é informado pelo princípio da inquisitorialidade no sentido de que os poderes legais investigatórios (princípio do dever de investigação) da autoridade administrativa) devem ser suportados pelos particulares (princípio do dever de colaboração) que não atuam como parte, já que na etapa averiguatória sequer existe, tecnicamente, pretensão fiscal.

[...]

Na etapa fiscalizatória, não há, porém, processo, exceto quando já se chegou à etapa litigiosa, após o ato de lançamento ou de imposição de penalidades e a respectiva impugnação. Nesse caso, por já estar configurada a litigiosidade diante da pretensão estatal (tributária ou sancionatória) poderá haver fiscalização com o objetivo de carrear provas ao processo administrativo. A fiscalização levada a efeito como etapa preparatória do ato de lançamento tem caráter meramente procedimental. Disso decorre que as discussões que trazem à etapa anterior ao lançamento questões concernentes a elementos

¹ XAVIER, Alberto- Do lançamento-Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário- Forense, 1997, pág.163 e seguintes

² MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro: Administrativo e Judicial*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 180 e 222/223

tipicamente processuais, em especial as garantias do due process of law, confundem momentos logicamente distintos. Primeiramente não há processo, há procedimento que atende interesses da Administração. O escopo de tal procedimento é justamente fundamentar um ato de lançamento e, em certos casos, instruir um eventual processo futuro. Porém, até haver efetivamente deduzido o ente arrecadador sua pretensão (e isso não ocorre com o genérico procedimento de fiscalização), não há se falar em processo administrativo, e sim em procedimento (vide Cap. 5 item 3).

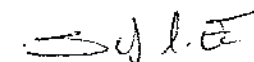
O procedimento administrativo fiscalizador interessa apenas ao Fisco e tem finalidade instrutória, estando fora da possibilidade, ao menos enquanto mera fiscalização, dos questionamentos processuais do contribuinte. É justamente a presença, ou não, de uma pretensão deduzida ante ao contribuinte, o que separa o procedimento, atinente exclusivamente ao interesse do Estado, do processo, que vincula além do Estado, o contribuinte. Só quando houver vinculação do contribuinte se fará lícito aludir a processo, antes não. Corroborando tal assertiva, basta se atinar para que nem todo procedimento fiscalizatório irá conduzir necessariamente a uma exação, havendo clara separação entre os dois momentos.”

Não prospera a alegação de que os valores utilizados pelo fisco não refletem a realidade fática, e que as informações relativas ao ICMS não constituem elemento seguro para apuração da receita bruta. Os valores de saída de mercadorias informados pela empresa ao fisco estadual prestam-se, sim, a mensurar a receita bruta, e a empresa não apontou concretamente um único fato que os invalide como tal.

A imposição da multa de ofício (75%) obedeceu determinação da lei (art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996). Sendo o lançamento atividade vinculada, e sendo escopo do processo administrativo fiscal zelar pela legalidade do lançamento, não pode este Colegiado atender o pleito de redução para 20% por ausência de previsão legal.

A utilização da Selic para a quantificação dos juros de mora está prevista em lei regularmente inserida no sistema jurídico, não podendo este Colegiado negar-lhe aplicação. A matéria é objeto da Súmula 1º CC nº 4, com o seguinte enunciado: “*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.*”

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.



SANDRA MARIA FARONI - Relatora