



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

Processo nº 10435.001148/2004-47
Recurso nº 160.426 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.244 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2010
Matéria SIMPLES. BASE DE CÁLCULO.
Recorrente VALDERY DE SOUZA NOGUEIRA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

BASE DE CÁLCULO.

Constatada diferença entre a receita bruta mensal informada na declaração simplificada, e aquela apurada com base no livro Registro de Apuração do ICMS, necessário se faz o lançamento de ofício dos valores dos tributos e contribuições integrantes do SIMPLES que deixaram de ser declarados e/ou recolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente.

(assinado digitalmente)
Marcelo Cuba Netto - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), André Almeida Blanco (Suplente Convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Netto, Regis Magalhães Soares Queiroz e Antonio Carlos Guidoni Filho (Vice Presidente).

Relatório

Assinado digitalmente em 22/11/2010 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS. 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

Autenticado digitalmente em 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

Emitido em 22/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

Trata-se de recurso voluntário contra a decisão da DRJ em Recife - PE, que julgou improcedente a impugnação da contribuinte contra o lançamento que lhe fora imputado, relativamente aos tributos e contribuições integrantes do SIMPLES. O relatório da decisão de primeiro grau, que aqui acolho, é o seguinte:

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 05/08, 31/34, 41/44, 51/54 e 61/64 para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores compreendidos nos períodos de 09/2001 a 12/2003, adiante especificado:

(...)

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuado junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do SIMPLES. Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos respectivos autos de infração e no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, o autuante descreve todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas nesta auditoria que passamos a resumir abaixo:

1) A contribuinte, após ter sido intimada a apresentar a documentação através do Termo de Início de Fiscalização, solicitou prorrogação do prazo de entrega, comprovando que seus livros encontravam-se com a fiscalização da Secretaria Estadual da Fazenda

2) Como a contribuinte estava sendo fiscalizada pela DRF/Caruaru em virtude de uma operação especial de fiscalização denominada "Cidade do Forró" com termo final previsto na data de 27/08/2004, a Autoridade Autuante solicitou os livros da contribuinte diretamente à SEFAZ/PE, que entregou, na penúltima semana da operação, apenas os livros fiscais da empresa Valdery de Souza Nogueira — ME.

3) A fiscalização, ao analisar as Declarações Anuais Simplificadas entregues pela contribuinte, no procedimento de verificar o cumprimento de suas obrigações tributárias abrangendo os períodos de Outubro/1999 a Dezembro/2003, constatou:

- que os valores de receita bruta declarados eram, em alguns períodos, inferiores aos valores de receitas de vendas auferidas constantes no Livro de Apuração do ICMS;

- que a empresa, regularmente, calculou o valor a ser recolhido no SIMPLES com alíquotas inferiores às disciplinadas no inc. II do art. 23, da Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores

- que, em relação aos valores devidos do SIMPLES referentes ao ano calendário de 2003, tendo em vista que a contribuinte apresentou a Declaração Anual Simplificada de 2004 quando já se encontrava sob procedimento de ofício, não constava nenhum pagamento referente aos meses deste ano, conforme registros do SINAL04, sistema de controle interno da SRF, que demonstrou a inexistência de pagamento no ano calendário de 2003.

Assim, a fiscalização procedeu à autuação por DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO (diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago) e por INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO dos

Assinado digitalmente em 22/11/2010 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS. 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

Autenticado digitalmente em 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

Emitido em 22/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

impostos e contribuições do SIMPLES (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS E INSS) formalizados neste PROCESSO Nº 10435 001148/2004-47

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls 147 a 151, na qual questiona integralmente o auto de infração, alegando em síntese o seguinte:

- que, por ser optante do SIMPLES, os únicos livros contábeis que poderiam ser exigidos seriam o Livro Caixa e o de Registro de Inventário conforme legislação de regência, porém os livros que a empresa dispunha estavam em poder do Fisco Estadual Assim, os livros foram diretamente solicitados ao Fisco Estadual pelo Fisco Federal;

- que, tendo os livros fiscais em seu poder, a fiscalização federal, independente de qualquer pedido de esclarecimento à contribuinte, lavrou uma exorbitante exigência fiscal da ordem de R\$ 127.520,08, a título de tributos componentes do SIMPLES;

- que o Auto de Infração veio acompanhado de diversos demonstrativos de apuração de valores completamente ininteligíveis para a contribuinte autuada, sem constar explicação sobre as origens desses valores, prejudicando o exercício pleno do direito de defesa;

- que a fiscalização se baseou em livros destinados ao registro e controle do tributo estadual ICMS, cujo binômio fato gerador/base de cálculo, apesar de em algumas situações se assemelhar ao fato gerador/base de cálculo de alguns tributos federais, em outras tantas diverge de maneira diametralmente oposta Não poderiam estas informações ser tomadas de maneira absoluta, pois constituem apenas um indício investigativo à disposição de outros entes tributantes;

- que para aferição da correta base de cálculo dos tributos federais seria necessário o manuseio de outros elementos adicionais tais como as notas fiscais de venda, os cupons fiscais etc. Estes sim poderiam conduzir à correta identificação dos valores a serem lançados a título de base de cálculo dos tributos federais, mas nunca apenas os Livros de Apuração do ICMS ou os de Saída,

- que tal artifício, apesar de facilitar o trabalho do fisco federal, torna impreciso o lançamento eventualmente efetuado com base unicamente nos elementos questionados Transcreveu ementa de Acórdão do Conselho de Contribuintes não acolhendo auto de infração instaurado exclusivamente com base em procedimento do Fisco Estadual (prova emprestada);

- que tributos já declarados ao fisco não poderiam ser objeto de lançamento de ofício A declaração do SIMPLES do ano calendário 2003/exercício 2004 foi espontaneamente apresentada ao fisco dentro do prazo legal, por isso os tributos ali informados não poderiam figurar no auto de infração lavrado Se havia um prazo para tal entrega e a contribuinte o observou não poderia ser por isto punida,

- que a imposição de elevada multa de 75% seria de natureza confiscatória e que, associada aos escorchantes juros aplicados

contribui para praticamente dobrar o crédito tributário principal lançado. A contribuinte apresentou quadro com os tributos discriminados com os valores do principal, multa e juros, com o intuito de demonstrar que o valor total do acessório supera o valor do principal;

- que seria ilegal a correção dos créditos tributários tomando por base os juros calculados à taxa SELIC e que a própria Justiça vem se posicionando contrariamente a tal utilização.

Por fim, requereu:

- o cancelamento do Auto de Infração em virtude do cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de esclarecimento dos valores constantes nos confusos demonstrativos;

- caso não haja o cancelamento, que os valores constantes no Auto de Infração sejam devidamente esclarecidos;

- que seja excluída a exigência referente ao ano de 2003, por já se encontrarem os tributos devidamente declarados em Declaração do SIMPLES tempestivamente apresentada, estando assim os valores aptos a serem exigidos pelo fisco independente de qualquer formalidade adicional;

- que seja determinada a inconstitucionalidade da multa no percentual de 75% por ser confiscatória, contrariando dispositivo constitucional;

- que seja afastada a indevida cobrança dos juros à taxa SELIC pelos fundamentos anteriormente declinados

Ao apreciar a impugnação, o órgão de primeiro grau afastou a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, julgou procedente o lançamento, conforme trechos do voto a seguir transcritos:

(...)

Como se pode constatar, então, todas as informações referentes aos lançamentos componentes dos Autos de Infração encontram-se dispostas em seus respectivos demonstrativos, devendo-se considerar ainda o relato de todos os atos do procedimento de fiscalização com as respectivas infrações apuradas constante na descrição dos fatos e no Termo de Encerramento da ação fiscal. Não se apresenta cabível, portanto, as alegações da Impugnante quanto a um possível prejuízo ao exercício pleno de seu direito de defesa.

A Impugnante se insurgiu contra a utilização dos registros dos Livros de Apuração do ICMS para a determinação das bases de cálculo, tendo em vista que tais informações não poderiam ser tomadas de maneira absoluta, pois seriam apenas indícios que poderiam ser confirmados por elementos adicionais como notas ou cupons fiscais de vendas.

Quanto a esta questão deve-se esclarecer que segundo a Lei nº 9.317/196, em seu art. 2º, § 2º, "considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais

concedidos" Analisando-se o Livro de Apuração do ICMS, constata-se que os valores registrados referem-se a "vendas de mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros", tendo o mesmo significado do início da definição legal de receita bruta, isto é, "considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria". Não tem razão, portanto, a contribuinte ao alegar que as bases de cálculo não estariam precisas, uma vez que a fiscalização apenas adotou como verdade os registros de vendas de mercadorias escriturados pela própria contribuinte, os quais são o resultado da totalização dos valores constantes nas notas fiscais de venda emitidas pela contribuinte em cada período. Assim sendo, não seria necessária a análise de notas ou cupons fiscais emitidos pela empresa, tendo em vista que os registros no Livro de Apuração do ICMS devem ser o seu espelho.

(..)

A Autoridade Fiscal informou que, em relação aos valores devidos do SIMPLES referentes ao ano calendário de 2003, não constava nenhum pagamento referente aos meses deste ano, conforme registros do SINAL04, sistema de controle interno da SRF, que demonstrou a inexistência de pagamento no ano calendário de 2003. Dessa forma, se constata que a Impugnante se encontrava violando o dispositivo legal do art. 6º, da Lei nº 9 317/96, desde o início do ano calendário de 2003 e que tal violação já autorizaria o lançamento de ofício dos correspondentes tributos indevidamente não recolhidos, mesmo que fosse em procedimento fiscal durante o próprio ano calendário de 2003. Daí se infere que a entrega tempestiva da Declaração Anual Simplificada em nada descaracteriza a infração da norma tributária cometida pela contribuinte e que o lançamento de ofício referente a tais tributos deve ser mantido por estar de acordo com a legislação tributária

(..)

O recurso voluntário foi proposto essencialmente sob as mesmas razões da impugnação.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade previstos no Decreto 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

Não há como se acatar a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa. De fato, tanto a descrição dos fatos apurados (fls. 6/8 e fls. 139/141), como os demonstrativos constantes dos autos de infração, contêm as informações necessárias à perfeita compreensão da acusação e dos valores exigidos.

Veja, a título exemplificativo, a diferença de receita bruta apurada no mês de setembro de 2001. O demonstrativo de fl. 9 informa que o valor dessa diferença é de R\$ 27.773,95. Tal valor foi apurado pela fiscalização mediante a simples operação de subtração

entre o valor de R\$ 55.547,91, relativo à receita de vendas escriturada no livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 104), e o valor de R\$ 27.773,96, referente à receita informada na respectiva declaração simplificada (fl. 78).

Pelo acima exposto, voto por indeferir o pedido de declaração de nulidade do auto de infração.

Quanto ao fato de a autoridade ter utilizado o livro Registro de Apuração do ICMS para realizar a presente auditoria fiscal, é de se dizer que o art. 199 do Código Tributário Nacional expressamente ampara tal procedimento, *verbis*:

Art. 199 A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio

(.)

O ato a que se refere a parte final da norma acima transcrita é o Convênio Sinief s/nº, de 15/12/1970, que assim estabelece:

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou de Finanças dos Estados e do Distrito Federal, reunidos na Cidade do Rio de Janeiro nos dias 14 e 15 de dezembro de 1970,

(...)

Considerando que o art. 199 do Código Tributário Nacional dispõe: "A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio",

Acordam em criar o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, incorporando às suas respectivas legislações tributárias as normas consubstanciadas nos seguintes artigos:

(.)

Art. 88. Os livros e documentos fiscais, bem como outros papéis relacionados com os Impostos sobre Produtos Industrializados e de Circulação de Mercadorias poderão ser retirados do estabelecimento pelas autoridades fiscais estaduais e federais.

(.)

É igualmente inaceitável o argumento de que a autuação não poderia ter se calcado no livro Registro de Apuração do ICMS e no livro Registro de Saídas, sem exame das respectivas notas fiscais. Ainda que seja verdade que nos mencionados livros haja campos para escrituração de saídas que não correspondam a receitas (por exemplo, devolução de compras), caberia à recorrente indicar expressamente quais dessas saídas teriam sido indevidamente incluídas pelo auditor em seu demonstrativo de apuração de diferenças (fl. 9).

Também não assiste razão à recorrente quando afirma que, relativamente ao ano-calendário de 2003, os tributos foram espontaneamente informados ao Fisco, pela apresentação da declaração simplificada do exercício de 2004 dentro do prazo estipulado pela legislação tributária (último dia útil do mês de maio de 2004).

Assinado digitalmente em 22/11/2010 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS. 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

ETTO

Autenticado digitalmente em 08/11/2010 por MARCELO CUBA NETTO

Emitido em 22/11/2010 pelo Ministério da Fazenda

No caso, a interessada foi cientificada da lavratura do termo de início de fiscalização em 07/05/2004 (fls. 71/73), sendo que, por força do disposto no art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, teve sua espontaneidade excluída relativamente aos atos praticados anteriormente àquela data. Como a pessoa jurídica não cumpriu a sua obrigação legal de pagar o SIMPLES devido nos meses de janeiro a dezembro de 2003, correta a constituição do crédito tributário mediante lançamento de ofício, sendo irrelevante a entrega tempestiva da DSPJ/2004, já que a auditoria iniciou-se antes dessa data.

No que toca à alegada inconstitucionalidade da multa imposta (75%, conforme art. 44, I, da Lei nº 9.430/96), por suposta violação ao princípio do não confisco, registre-se que o art. 26-A do Decreto 70.235/72 veda a este órgão administrativo afastar a aplicação de lei sob tal fundamento, com exceção das hipóteses ali previstas, que, no caso, não se verificam.

Mesma solução deve ser dada à suposta de ilegalidade da incidência da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, pois seu emprego encontra-se previsto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, norma cuja aplicação só poderia ser afastada caso fosse declarada inconstitucional, o que, como visto acima, não pode ser levado a cabo por este órgão administrativo de julgamento.

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Marcelo Cuba Netto