



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

Processo nº 10480.005877/97-46
Recurso nº 149.333 Voluntário
Acórdão nº **3403-001.803 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente COMLUS - COMERCIAL LUCENA E SÁ LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/07/1992 a 31/05/1993, 31/01/1994 a 31/08/1994, 01/02/1995 a 28/02/1995, 30/06/1995 a 30/09/1995, 31/01/1996 a 31/12/1996

CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO.

A alegação de cerceamento do direito de defesa deve se fundar em situações concretas havidas no bojo do processo administrativo, de modo que se possa avaliar objetivamente sua ocorrência, não a configurando sua referência genérica como argumento de defesa ou a remissão a fatos comprovadamente inocorrentes.

PRESCRIÇÃO. *DIES A QUO*. CONTAGEM. INTERCORRÊNCIA.

A prescrição da pretensão de exigir o crédito tributário somente se inicia com a definitividade de sua formalização/constituição, e esta, por seu turno, se efetiva apenas com o encerramento do contencioso administrativo, através da prolação de decisão irreformável na esfera administrativa.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Robson José Bayerle – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Robson José Bayerl, Marcos Tranches Ortiz e Ivan Allegretti.

Relatório

Cuida-se de auto de infração de Cofins abrangendo a quase totalidade do período entre 31/07/1992 a 31/12/1996, alicerçado na falta de recolhimento da exação em decorrência de omissão de receita, em procedimento de IRPJ; por confronto dos recolhimentos com os valores informados em declaração IRPJ, ano base 1992; por informações compartilhadas pela Secretaria Estadual de Fazenda, em relação ao ICMS; e, pelos livros de registros de saídas e notas fiscais.

Destaca a fiscalização que, no exercício 1993, os valores lançados foram obtidos em parte pelas informações prestadas pela Administração Tributária Estadual e parte pela apuração de receitas de vendas não escrituradas, originárias de omissão de compras, sendo que, para os meses junho a dezembro/93, os fatos geradores foram autuados como reflexo da apuração do IRPJ, no processo administrativo 10480.005878/97-17.

Ciente do lançamento o contribuinte o impugnou alegando cerceamento do direito de defesa, pois a fiscalização lhe assinalara prazo ínfimo (72 horas) para se manifestar acerca da suposta falta de registro de notas fiscais de entradas; que seu pedido de prorrogação foi ignorado; que a documentação contábil e fiscal se encontrava com as autoridades lançadoras, o que lhe impedia de prestar os esclarecimentos solicitados; e, por fim, que o ato seria nulo por inobservar o art. 5º, LV da CF/88 e art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE julgou o lançamento procedente, afastando o alegado cerceamento do direito de defesa e a existência de nulidades outras na autuação, em decisão assim ementada:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando as alegações não condizem com a realidade dos fatos e não estão presentes outras hipóteses de nulidade.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO.

A falta de pagamento de tributo ou contribuição, quando detectada por procedimento de ofício, enseja a aplicação da multa de ofício.”

A Unidade preparadora providenciou a intimação do contribuinte para cientificar-lhe da decisão, porém, devolvido o aviso de recebimento sem comprovação de seu cumprimento, fora lavrado, em 15/10/1999, termo de perempção e encaminhado o valor para inscrição em Dívida Ativa da União - DAU.

Em 15/12/2006, após conhecimento da inscrição em DAU, o contribuinte pugnou pela devolução dos autos à Secretaria da Receita Federal, em razão de não ter tomado ciência da decisão administrativa de primeira instância.

Em 25/06/2007, o processo foi despachado, com o reconhecimento do equívoco, em virtude do qual concluiu-se pela prescrição da exigibilidade do crédito envolvido, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.

Em 03/07/2007, foi lançado novo despacho, desta feita, de cunho decisório, onde o Delegado da Receita Federal do Brasil em Recife/PE revisou o anteriormente lavrado, tornando-o sem efeito, ao fundamento que não teria ocorrido indigitada prescrição, em razão de o crédito encontrar-se com sua exigibilidade suspensa, justamente em função do defeito na ciência da intimação.

Em 25/07/2007, foi o contribuinte intimado validamente da decisão proferida pelo órgão julgador de primeiro grau.

Em recurso voluntário renovou o argumento de cerceamento do direito de defesa, insinuando que não recebera todos os elementos e documentos que embasaram a autuação; que não houve obediência ao art. 8º do Decreto nº 70.235/72, que exige a entrega de todos os termos lavrados; que, em processo análogo (10480.005878/97-17), o próprio órgão julgador de primeira instância reputara nulo o auto de infração, por falta de prova das alegadas infrações; que foram desrespeitados os arts. 5º, LV da CF/88 e 59 do Decreto nº 70.235/72; que o transcurso de cerca de 09 (nove) anos entre a prolação da decisão recorrida e sua ciência configuraria prescrição; que o processo deveria ser devolvido à DRJ Recife/PE para que fosse baixado em diligência e providenciada a ciência dos documentos que embasaram a autuação; e, por fim, pleiteou a nulidade do auto de infração.

Na sessão de março/2010 o recurso voluntário foi parcialmente provido, através do acórdão 3403-00.268, assim ementado:

“CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO.

A alegação de cerceamento do direito de defesa deve se fundar em situações concretas havidas no bojo do processo administrativo, de modo que se possa avaliar objetivamente sua ocorrência, não a configurando sua referência genérica como argumento de defesa ou a remissão a fatos comprovadamente inocorrentes.

PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. CONTAGEM. INTERCORRÊNCIA.

A prescrição da pretensão de exigir o crédito tributário somente se inicia com a chamada definitividade do crédito tributário, e esta, por sua vez, se efetiva apenas com o encerramento do contencioso administrativo, através da prolação de decisão irreformável na esfera administrativa.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS PRESUMIDAS DA OMISSÃO DE COMPRAS. PROVA DO RECEBIMENTO. NECESSIDADE.

Em conformidade com a legislação do imposto de renda vigente à época dos fatos geradores, a presunção de receitas a partir da comprovação de omissão de compras exige a prova do recebimento das supostas vendas, o que, não ocorrendo, impõe a insubsistência do lançamento.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES PERTENCENTES À SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA.

O fato gerador do ICMS não é sequer assemelhado ao da Cofins, de tal maneira que a utilização de informações constantes dos sistemas da Administração Tributária Estadual, tocante àquele tributo, deve ser cuidadosa, não se prestando como elemento de prova da ocorrência de faturamento, quando não houver discriminação das operações escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INFORMAÇÕES PRESTADAS EM DECLARAÇÕES DE IPRJ. REGISTROS E DOCUMENTOS CONTÁBEIS. SUFICIÊNCIA.

As receitas de vendas apuradas em declarações prestadas pelo próprio sujeito passivo e, também, a partir da escrituração dos livros fiscais e documentos contábeis consubstanciam suporte fático para incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, independentemente da demonstração do recebimento por tais operações mercantis.

Recurso Provido em Parte”

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial pugnando a manutenção integral do lançamento, sustentando a sua higidez, mesmo quando fundado em presunções simples e indícios da ocorrência do fato gerador.

Em 08/03/2012 a Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por intermédio do acórdão 9303-01.907, anulou o acórdão exarado pela Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara, por entender que houve julgamento *ultra petita*, como se extrai de sua ementa:

“JULGAMENTO PELO COLEGIADO DE SEGUNDA INSTÂNCIA DE MATÉRIA SOBRE A QUAL O LITÍGIO NÃO FOI INSTAURADO PELO SUJEITO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

O julgamento da causa é limitado pelo pedido, devendo haver perfeita correspondência entre o postulado pela parte e a decisão, não podendo o julgador afastar-se do que lhe foi pleiteado, sob pena de vulnerar a imparcialidade e a isenção, bases em que se assenta a atividade judicante. Viola as normas procedimentais do processo administrativo fiscal a apreciação por julgador ad quem de matéria sobre a qual o sujeito passivo não instaurou o litígio. Atos processuais anulados a partir do acórdão recorrido, inclusive.”

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

Retornam estes autos para reexame do recurso voluntário, tendo a Câmara Alta asseverado que o acórdão anteriormente exarado havia julgado matéria não claramente deduzida no apelo aviado.

Naquela assentada, entendeu este colegiado, de forma subjacente, que a imbricação entre estes autos e o processo 10480.005878/97-17 exigiria a prolação de decisões alinhadas, mormente se levado em consideração que o contribuinte interessado não recorreu da decisão de piso lá proferida, que julgou o lançamento de IRPJ e reflexos procedente em parte.

No entanto, o aresto prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais vincula a decisão a ser proferida e delimita a matéria objeto de manifestação nesta instância, por aplicação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Na oportunidade, portanto, restringir-se-á a celeuma à nulidade do lançamento e a pretensa ocorrência de prescrição intercorrente, afastadas as questões de mérito por ausência de impugnação específica.

Com estas considerações, faço remissão aos fundamentos estampados no acórdão 3403-00.268, respeitantes aos assuntos especificados.

Nesta vereda, a tempestividade e observância dos demais requisitos de admissibilidade do recurso já foram, a seu tempo, reconhecidas.

Inicialmente, cumpre verificar a alegação de cerceamento do direito de defesa, que, a meu sentir, se revela infundado, afigurando seu reprise mero argumento retórico sem nenhum fato objetivo que o demonstre.

É certo que, à época do procedimento fiscal, tal situação poderia até ser vislumbrada, quando as autoridades exigiram esclarecimentos no exíguo prazo de 72 (setenta e duas) horas; todavia, não se pode olvidar que este procedimento preparatório da lavratura do auto de infração não constitui o procedimento a que se refere o art. 142 do CTN, mas mera rotina de trabalho realizada como etapa anterior à existência de processo administrativo de lançamento, propriamente dito.

Assim, tendo em conta que não há cerceamento do direito de defesa fora do âmbito do processo, sua caracterização exigiria posturas limitativas do contraditório e ampla defesa, por parte da Administração Tributária e seus agentes, ocorridas a partir da ciência da autuação, quando se inaugura o contencioso administrativo – claro, desde que haja manifestação de inconformismo pela apresentação de recurso.

Neste passo, poderia indicá-la a aventada não entrega dos documentos e elementos que lastrearam o lançamento; no entanto, compulsando os autos, verifico que houve ciência de todos os termos e demonstrativos lavrados e apensados ao processo, inclusive, no próprio auto de infração e termo de encerramento, onde o contribuinte apõe assinatura confirmando que tomou ciência de sua lavratura e de todos os seus anexos, bem assim, recebeu, em devolução, todos os livros e documentos de sua titularidade utilizados no trabalho fiscal, pelo que se refuta tal argumento.

Concernente à prescrição ventilada, tenho-na como inócua, ainda que transcorridos mais de 08 (oito) anos entre a decisão recorrida e sua ciência válida.

Com efeito, o início da contagem do prazo prescricional tem como pressuposto a definitividade da constituição do crédito tributário, o que, em havendo discussão administrativa, se corporifica na prolação de decisão administrativa irreformável.

No caso dos autos, o litígio administrativo ainda não se findou, de tal sorte que sequer iniciou o prazo extintivo do art. 174 do Código Tributário Nacional.

De outra banda, este conselho administrativo não admite a figura da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo tributário, conforme verbete da súmula CARF nº 11: “*não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal*”.

No que tange à defendida necessidade de anulação da decisão recorrida, com a devolução dos autos para diligência, também não a vejo procedente, eis que não houve qualquer *error in procedendo* a justificar sua anulação.

As autoridades julgadoras de primeira instância não verificaram qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte a legitimar a realização de diligência, conclusão esta devidamente fundamentada.

Consoante dicção do art. 18 do Decreto nº 70.235/72, a realização de diligências ou perícias, é determinada pela autoridade julgadora quando entendê-las necessárias, devendo, em caso de indeferimento daquelas requeridas pelo contribuinte, apresentar as justificativas para tal, nos termos do art. 28, *in fine*, do mesmo diploma.

Como se verifica dos dispositivos citados, as diligências e/ou perícias tem por móvel esclarecer dúvidas surgidas no íntimo do julgador, de sorte que se este as entende prescindíveis ou inaplicáveis não está obrigado a determiná-las, ainda que disso divirja o requerente.

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Robson José Bayerl