

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

Processo n° 10530.002252/2008-02
Recurso n° 176.302 Voluntário
Acórdão n° 1402-00.166 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de abril de 2010
Matéria SIMPLES - ANO-CALENDÁRIO: 2003
Recorrente AVÍCOLA ALECRIM LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

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

Ano-calendário: 2003

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO.

Para que se caracterize o cerceamento do direito de defesa é necessário que seja comprovado que efetivamente ocorreu o prejuízo.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA.

No lançamento por homologação, conforme o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, se a lei não fixar prazo para a homologação será ele de cinco anos a contar do fato gerador, exceto se comprovada a ocorrência de dolo, fraude e simulação, que não corresponde à situação dos autos.

LANÇAMENTO - REGIME DO SIMPLES - DIVERGÊNCIA DE RECEITA - LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS - DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA.

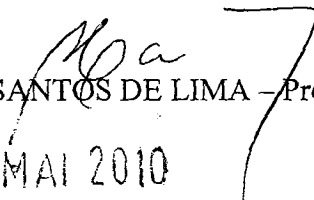
Correto o lançamento que exige os tributos incidentes sobre a diferença entre os valores de receitas apurados no Livro de apuração do ICMS e os valores declarados na Declaração Simplificada do Regime do Simples, se o sujeito passivo não comprova com documentos hábeis e idôneos as razões das diferenças apuradas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa, vencidos os Conselheiros Roberto Armond Ferreira da Silva e Frederico Augusto Gomes de Alencar; por unanimidade de votos, acatar a preliminar de decadência para os fatos geradores de janeiro a maio de 2003, os Conselheiros Frederico Augusto Gomes de Alencar e Roberto Armond Ferreira da Silva votam pelas

MP 1

conclusões; no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para que sejam recalculados os valores da insuficiência de recolhimento, em face dos períodos alcançados pela decadência nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 21 MAI 2010

Participaram, da sessão de julgamento os Conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, Antonio José Praga de Souza, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Roberto Armond Ferreira da Silva, André Ricardo Lemes da Silva e Adriana Giuntini Viana.

Relatório

Trata-se de lançamento relativo ao regime do Simples do ano-calendário de 2003, em que foi exigida a multa de ofício de 75%. A ciência dos autos se deu em 30.06.2008.

A autuada declarou à RFB, por meio da DSPJ-Simples (fls. 102/119), receita bruta no valor de R\$ 280.762,62, no entanto, escriturou em seu livro de apuração do ICMS (fls. 76/101), receita bruta no valor de R\$ 11.210.347,91, excluídas as vendas canceladas. A diferença de receita bruta é de R\$ 10.929.585,29, conforme demonstrativo de fls. 61/64. O lançamento refere-se também a informação incorreta na Declaração Simplificada, dos valores devidos, que gerou insuficiência de recolhimento.

Foi lavrada representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Regime do Simples, com desenquadramento desse sistema, a partir de 01.01.2004.

Transcrevo da decisão de primeira instância o teor da impugnação:

Preliminarmente, solicita que seja acolhida a decadência do direito de constituir o crédito tributário em relação aos meses de janeiro a junho do ano-calendário de 2003, haja vista que a ciência dos autos ocorreu em 30.06.2008.

Aduz ainda em preliminar, que a devolução dos livros e documentos utilizados pela Fiscalização, depois de efetivada a autuação e sua respectiva ciência, cumulado ao impedimento de acesso aos autos do processo administrativo, prejudicaram o exercício do seu direito de defesa. Reforça, para tanto, que chegou a requerer a devolução do LAICMS em 11/07/2008 e que o prazo de trinta dias para impugnação fosse contado da data de devolução dos livros e documentos utilizados na fiscalização, inclusive o tal LAICMS, que serviu como base aos lançamentos. Salienta, neste sentido, que não teria sido possibilitado à impugnante o prazo legal de trinta dias para elaboração de sua defesa, o que desde já requer.

No mérito, requer a improcedência do feito, alegando que a hipótese de incidência do Simples não se concretizou, uma vez que a Fiscalização se baseou em pressupostos equivocados, ao levar em conta tão-somente o Livro de Apuração do ICMS,

tributo de competência dos estados, se qualquer conferência dos valores ali escriturados e sem a necessária autenticidade dos valores ali lançados, tomando em conta a escrituração fiscal, e desprezando totalmente a escrituração contábil do contribuinte.

Ademais, o procedimento do Fisco, de ignorar totalmente a DSPJ-Simples entregue pela autuada, denotaria o estabelecimento de uma "hierarquia" entre as declarações, sem a devida autorização legal. Alega que a prova disso é que se o autuante encontrasse no LAICMS valores menores que o declarado na DSPJ-Simples, evidentemente, manteria as informações lá declaradas. Conclui, assim, que o livro do ICMS apresentado como prova da suposta omissão não pode, de forma justa e legal, ser considerado isoladamente como prova.

Requer que lhe seja deferido a produção de todos os meios de prova em direito admitidas e a juntada posterior de documentos, para que reste provado que a autuação está fundada em pressuposto equivocado.

Ante o exposto, requer a nulidade do processo, ou, caso ultrapassada esta, a improcedência do crédito tributário lançado.

Com a impugnação, foi apresentada cópia de um requerimento, datado de 10.07.2008 e que contém o carimbo da Seção de Fiscalização de 11.07.2008, por meio do qual solicita a devolução do livro de registro de apuração do ICMS e cópia do procedimento fiscal, ainda que às expensas da contribuinte. Requereu também que o prazo para a apresentação da impugnação tivesse seu termo inicial contado da data da devolução do livro e efetiva entrega de cópia do procedimento administrativo.

A Turma Julgadora rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa e a preliminar de decadência. Considerou insubsistente o requerimento de juntada posterior de documentos em sede de impugnação. Considerou procedente o lançamento.

Dos fundamentos da decisão da Turma Julgadora, destaco os relativos à preliminar de vício formal e cerceamento do direito de defesa:

No caso concreto, não se vislumbra nenhum fator de nulidade por vício formal, pois os autos de infração foram lavrados por servidor competente e de conformidade com a legislação aplicável, com descrição clara e precisa dos fatos e demonstração da forma de apuração da base tributável. É isso que se vê claramente no Termo de Verificação Fiscal (fls. 61/63) e nos demonstrativos que integram o feito (fls. 01/60).

Também não se vislumbra cerceamento do direito de defesa, pois está registrado nos autos que tanto na fase procedimental quanto na impugnatória foi dada à autuada ciência dos atos processuais e assegurado o seu direito de manifestação junto ao Fisco. Note-se, pois, que a autuada foi intimada em 29/09/2007 a apresentar os documentos necessários à realização da auditoria fiscal, conforme termo anexo às fls. 65/66. Então, em 02/10/2007, a fiscalizada apresentou a petição de fl. 68 pedindo dilação de prazo de 60 dias para apresentar os elementos requeridos pelo



Fisco, tendo obtido prorrogação por mais 20 (vinte dias), na forma da lei, conforme despacho do Auditor Fiscal na parte inferior daquele documento em 03/10/2007. A fiscalizada foi ainda cientificada da continuidade da ação fiscal em 29/02/2008 (fls. 68/69), em 06/06/2008 (fls. 70/71) e em 30/06/2008 (fl. 75), bem como da lavratura dos autos de infração em 30/06/2008 (fl. 16). Nessa última data foram ainda devolvidos todos os livros e documentos usados pela fiscalização, conforme descrito no Termo de Encerramento (fl. 64), no qual consta a assinatura do sócio da empresa autuada. Então, considerando que a impugnação foi protocolada 30/07/2008, exatamente no prazo de 30 (trinta) dias após a ciência do feito fiscal, e da devolução dos livros e documentos utilizados na auditoria, conclui-se que é improcedente a alegação de que não fora concedido à impugnante o prazo legal de trinta dias para elaboração de sua defesa, não havendo motivação para proceder-se o deferimento concessivo de prazo para apresentação de nova defesa em sede de impugnação.

Quanto ao alegado impedimento de acesso aos autos do processo administrativo, não há prova de que isso tenha acontecido. Porquanto, no prazo da impugnação, o processo fiscal esteve à disposição da parte interessada para vista e requisição de cópias das peças que julgasse necessárias à elaboração de sua defesa, como é de praxe na RFB. Uma prova cabal de que não houve elisão ao direito de defesa é que a autuada ofereceu impugnação exatamente no dia de vencimento do prazo regulamentar de trinta dias, rebatendo todos os pontos da autuação, revelando pleno conhecimento das infrações imputadas.

Ressalte-se que o litígio fisco/contribuinte se estabelece com a impugnação, como determina o art. 14 do sobredito PAF. Só para ilustrar o que se disse até aqui, eis o entendimento do Conselho de Contribuintes (CC/MF), resumido nas ementas abaixo:

(...)

Como se vê, a defesa da contribuinte contra as infrações imputadas pelo Fisco deve ser apresentada no prazo de trinta dias após a ciência do auto de infração (art. 15 do PAF) (SIC), como se deu no caso concreto. Portanto, uma vez constatado que não houve qualquer fato que pudesse ensejar a nulidade do feito, afasta-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Sobre a exclusão do Simples, ressaltou a Turma Julgadora, que a autoridade preparadora, às fls. 149, informou que a ciência do ADE nº 22/2008 (fl. 103), que oficializou a exclusão do Simples, ocorreu em 28.07.2008, e que tendo decorrido o prazo legal de 30 dias, a contribuinte não apresentou manifestação de inconformidade. Destacou que na impugnação aos autos de infração, a contribuinte não fez qualquer referência ao seu desenquadramento do sistema.

Concluiu que na ausência de manifestação de inconformidade relativamente ao referido ADE, não há litígio a ser apreciado, tornando definitiva a exclusão de ofício na esfera administrativa.

Registrou que ainda que houvesse manifestação de inconformidade, a exclusão de ofício a partir de 01.01.2004, seria julgada procedente, da mesma forma que os autos de infração, pois estaria comprovado no processo que no ano-calendário de 2003, a autuada auferiu receita bruta no valor de R\$ 11.210.347,91, acima do limite legal para adesão ao Simples, cujo valor para aquele ano era de R\$ 1.200.000,00.

A ciência da decisão de primeira instância se deu em 09.10.2008 e o recurso voluntário foi apresentado em 07.11.2008.

A recorrente acrescenta à impugnação que muito embora conste a assinatura do sócio da fiscalizada no Termo de Encerramento, a informação nele constante referente à devolução de todos os livros e documentos usados na fiscalização não corresponderia à verdade, configurando texto padrão dos referidos termos, o que se provaria por meio do requerimento solicitando a referida devolução do LAICMS protocolada em data posterior à ciência do auto, ou seja, em 11.07.2008, quando efetivamente restaram devolvidos os documentos em comento.

Aduz que se trata de decisão proferida com preterição do direito de defesa, especialmente porque reduzido restou o prazo para sua elaboração, ante o atraso na devolução do LAICMS à fiscalizada.

Ressalta que por essa razão é que se revela necessária a apresentação da prova documental após a impugnação, até porque a impossibilidade de apresentação oportuna decorreu de motivos alheios à vontade da contribuinte, de culpa exclusiva do autuante que não procedeu à devolução do LAICMS necessário para a conferência e análise do conteúdo do auto de infração, especialmente por ter sido este elaborado com base naquele.

Argumenta que restou requerido em 11.07.2008, que o prazo concedido de 30 dias tivesse seu termo inicial a contar da data da devolução dos livros e documentos utilizados na fiscalização, em especial do livro de apuração do ICMS e efetiva entrega de todo o procedimento fiscal, mesmo que sob as expensas da contribuinte.

Afirma que não foi possibilitado à peticionaria o prazo legal de 30 dias para elaboração da defesa e nem mesmo a obtenção de cópia dos autos do processo administrativo em questão.

Conclui que a devolução atrasada dos livros e documentos utilizados na fiscalização, em especial do Livro de apuração do ICMS e a recusa de acesso aos autos do processo administrativo gerado pela auto de infração, implicaria em manifesta nulidade por inviabilizar a ampla defesa da autuada, restando violados os princípios de ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal.

Também argui a preliminar de decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação aos meses de janeiro a junho do ano de 2003.

Repete os argumentos utilizados na impugnação quanto à ilegalidade do livro de apuração do ICMS, no sentido de que o autuante preferiu adotar os valores existentes no Livro, em vez de efetuar a análise detalhada que o caso exige. Alega que, ademais, tem toda a sua receita originada de operações isentas para o fim de tributação do ICMS, finalidade única a que se prestaria o Livro, podendo em algum momento, ter deixado de observar detalhadamente



operações de desconto incondicionais registrados em contrato, mas que estão escriturados pelos totais dos documentos fiscais.

.Aborda fundamentos jurídicos. Diz que não houve a ocorrência do fato imponible ou fato gerador dos tributos em questão, conforme teria demonstrado quando se abordou os elementos fáticos, assim, não estaria presente um dos elementos da hipótese de incidência dos tributos, o que inviabilizaria a sua cobrança, por não subsistir a obrigação tributária em questão. Alega que o aspecto material e quantitativo da hipótese de incidência tributária não soube ser bem apreciado quando da lavratura do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheira ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Relatora

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

A contribuinte discute a preliminar de cerceamento do direito de defesa calcada nas seguintes razões:

a) O Livro de registro de apuração do ICMS, não lhe teria sido devolvido quando do encerramento da ação fiscal, tendo sido devolvido, posteriormente, depois de pedido formal. Para a apresentação da sua defesa, a posse desse livro seria fundamental uma vez que a infração foi fundamentada em registros contidos nesse livro; a sua devolução posterior não lhe garantiu seu direito de 30 dias para apresentar a impugnação.

b) não lhe teria sido dado acesso aos autos, uma vez que no mesmo requerimento em que pediu a devolução do livro, pediu cópia do procedimento administrativo e seu pedido não foi atendido;

c) pediu nesse mesmo requerimento, que a contagem do prazo para a apresentação da defesa se desse a partir da devolução dos documentos e a partir do fornecimento das cópias do procedimento administrativo.

Como prova de suas alegações, a contribuinte apresentou com a impugnação, cópia de requerimento de fls. 137/138, datado de 10.07.2008, dirigido ao AFRF que lavrou os autos, no qual consta, carimbo do Setor de Fiscalização da DRF em Feira de Santana, datado de 11.07.2008.

Consta nesse requerimento:

Consoante verificamos no termo de verificação fiscal, notadamente no campo "descrição dos fatos", a empresa contribuinte fiscalizada teve seus valores identificados pelos registros constantes na escrituração do seu Livro de Apuração de ICMS, razão pela qual, foi lavrado Auto de Infração em epígrafe.

Por sua vez, no mencionado Auto de Infração, ao proceder a intimação do contribuinte, restou-lhe assegurado o direito constitucional da ampla defesa, todavia, para exercício deste

direito, necessário se torna a conferência dos fatos articulados, o que somente é possível, com a efetiva devolução do Livro de Apuração de ICMS que até a presente data encontra-se em poder de V.Sa, uma vez que, este serviu como a base de apuração.

Assim sendo, objetivando resguardar direitos e verificar a existência de possibilidade de impugnação e/ou recolhimento ou parcelamento, é o presente para requerer a V.Sa, a devolução do Livro de Apuração do ICMS, que encontra-se em seu poder, bem como, seja fornecida cópia de todo procedimento fiscal, mesmo que sob nossa expensa, pois, do contrário, impossível exercermos o nosso direito de defesa e resposta.

Requer ainda, que o prazo concedido de 30 (trinta) dias, tenha seu termo inicial a contar da data da devolução do Livro de Apuração do ICMS e efetiva entrega da cópia de todo procedimento fiscal, em face da impossibilidade acima registrada.

Desta forma, colocando-se ao dispor para eventuais esclarecimentos, requer e espera de V.Sa, o habitual acerto para o pronto atendimento deste requerimento.

Em relação ao fato do livro de apuração do ICMS ter sido solicitado pela interessada ao autuante, em 11.07.2008, após a ciência do lançamento que se deu em 30.06.2008, esse fato, isoladamente, não me parece que caracterizaria cerceamento do direito de defesa, isto porque, a contribuinte não indicou e tampouco provou qual foi o prejuízo que incorreu. Registre-se que no recurso voluntário não foi citado nenhum argumento que tenha como origem informações do citado livro.

Também deve ser considerado que cópias desse livro foram juntadas ao processo administrativo, que se encontrava na Unidade da Receita Federal do domicílio da interessada à sua disposição.

Quanto ao fato de a contribuinte ter pedido cópia do procedimento administrativo, que foi dirigido à autoridade fiscal e não ter havido resposta formal à autuada, não é razão suficiente para caracterizar cerceamento do direito de defesa, isto porque, o processo encontrava-se na Unidade de origem, sob controle da autoridade preparadora. Se a contribuinte desejasse ter vista dos autos ou obter cópia do processo administrativo deveria se dirigir à Unidade da Receita Federal onde o processo se encontrava.

Para que se caracterize o cerceamento do direito de defesa é necessário que a recorrente comprove que efetivamente ocorreu o prejuízo, entretanto, essa comprovação não foi efetuada. Dessa forma, por nenhum dos argumentos indicados pela recorrente é cabível o acatamento de cerceamento do direito de defesa.

Quanto à preliminar de decadência, trata-se de lançamento efetuado no regime do Simples relativo ao ano-calendário de 2003. A ciência dos autos se deu em 30.06.2008. O fato gerador ocorreu mensalmente no último dia de cada mês.

No lançamento por homologação, conforme o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, se a lei não fixar prazo para a homologação será ele de cinco anos a contar do fato



gerador, exceto se comprovada a ocorrência de dolo, fraude e simulação, que não corresponde à situação dos autos.

Conseqüentemente, decaiu o direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2003, uma vez que a ciência do lançamento se deu em 30.06.2008, devendo conseqüentemente, serem recalculados os valores da insuficiência de recolhimento.

Quanto ao mérito, a apuração da receita com base no livro de apuração do ICMS é perfeitamente possível. Caso houvesse alguma incorreção na quantificação da receita, deveria a recorrente comprovar a existência do erro, o que efetivamente não ocorreu, limitando-se a alegar que em algum momento, pode ter deixado de observar detalhadamente operações de desconto incondicionais registrados em contrato, mas que estariam escrituradas pelos totais dos documentos fiscais. Se assim fosse, deveria a contribuinte apresentar a documentação correspondente à comprovação do suposto erro e não se limitar a mera alegação.

Da jurisprudência podemos citar:

Acórdão: 101-94317, de 14.08.2003.

OMISSÃO DE RECEITAS – DIVERGÊNCIA ENTRE LIVROS FISCAIS E DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS – Caracteriza-se omissão de rendimentos, diferença a maior lançada no Livro Registro de Apuração do ICMS, em relação ao valor declarado pelo contribuinte em sua Declaração de Rendimentos, se o sujeito passivo não logra comprovar com documentos hábeis e idôneos as razões das diferenças apuradas.

Acórdão 101-96.607 de 06.03.2008:

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES DECLARADOS À RECEITA FEDERAL E AQUELES ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DE ICMS - A divergência entre os valores das receitas escrituradas no Livro Registro de Apuração de ICMS e aqueles declarados ao Fisco Federal caracteriza omissão de receitas quando não infirmada pelo sujeito passivo.

Concluo que em relação a essa matéria, o lançamento está correto.

Do exposto, voto por rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa, acatar a preliminar de decadência para os fatos geradores de janeiro a maio de 2003, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para que sejam recalculados os valores da insuficiência de recolhimento, em face dos períodos alcançados pela decadência.

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

Processo nº : 10530.002252/2008-02
Acórdão nº : 1402-00.166

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 21 MAI 2010

Maristela de Sousa Rodrigues
Maristela de Sousa Rodrigues Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração.