



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

Processo nº 13433.001230/2007-22
Recurso nº 507.572 Voluntário
Acórdão nº **1802-01.364 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 12 de setembro de 2012
Matéria SIMPLES FEDERAL
Recorrente MOSSORÓ ODONTOLÓGICA LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

FATOS GERADORES DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2002 - DECADÊNCIA

Não mais remanescem dúvidas de que o recolhimento do tributo, ainda que parcial, excluindo-se os casos de dolo, fraude ou simulação, enseja a aplicação da regra de decadência contida no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Transcorridos mais de cinco entre a data do fato gerador e a data do lançamento (12/12/2007), há de ser reconhecida a decadência

FATO GERADOR DE DEZEMBRO DE 2002 - NÃO COMPROVAÇÃO DA DIFERENÇA AUTUADA

O ônus de provar a ocorrência do fato gerador é da Fiscalização. A decisão recorrida, ao sustentar suas conclusões no argumento de que a Contribuinte deixou de comprovar que os registros sob o código 5.99 correspondiam a transferências ou saídas não tributáveis, inverteu o ônus da prova, sem autorização legal para tanto. O antigo código CFOP 5.99 (outras saídas), via de regra, era utilizado para o registro de operações que não refletiam vendas (devolução, remessa ou retorno de bens e mercadorias). Não havendo motivos para se concluir que as saídas sob o código 5.99 decorreram de operações de vendas, deve ser cancelada a exigência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar **provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/09/2012 por JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORREA, Assinado digitalmente em

19/09/2012 por JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORREA, Assinado digitalmente em 19/09/2012 por ESTER MARQUES

LINS DE SOUSA

Impresso em 20/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 13433.001230/2007-22
Acórdão n.º **1802-01.364**

S1-TE02
Fl. 3

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE, que considerou procedente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e à Contribuição para Seguridade Social - INSS, conforme os autos de infração de fls. 84 a 121, lavrados de acordo com o regime de tributação simplificada – SIMPLES, nos valores de R\$ 5.175,58, R\$ 5.175,58, R\$ 12.713,57, R\$ 27.054,68 e R\$ 33.386,97, respectivamente, incluindo-se nestes montantes os juros moratórios e a multa de 75%.

Por muito bem descrever os fatos, reproduzo o relatório constante da decisão de primeira instância, Acórdão nº 11-27.003, às fls. 149 a 154:

Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos respectivos autos de infração, e no Relatório Fiscal (fls. 78/83) consta que a contribuinte informou na Declaração Anual Simplificada do ano calendário de 2002, valores de receita bruta inferiores aos constantes em sua escrita fiscal, consolidados no demonstrativo de fls. 80. Assim, a fiscalização procedeu à autuação apontando a seguinte irregularidade:

1) DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO, dos meses de janeiro a dezembro de 2002, dos impostos e contribuições do SIMPLES (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS E INSS), decorrente da diferença entre as bases de cálculo informadas na PJSI/2003 e as bases de cálculo apuradas através do Livros Fiscais, aplicando-se a alíquota apropriada a cada período de apuração.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, a sua peça impugnatória, às fls. 126/141 na qual questiona integralmente os autos de infração, apresentando seus argumentos de defesa, abaixo descritos sucintamente.

Que a fiscalização ao apurar a base tributável considerou indevidamente os valores relativos a remessas de produtos para depósito em armazém geral (CFOP 5.99). Assevera a impugnante que a fiscalização se enganou ao afirmar que as vendas contidas no código 5.99 se referiam a operações isentas do ICMS.

Para fundamentar sua alegação transcreve às fls. 127/131 o Livro Registro de relativo ao mês de janeiro de 2002, afirmando que as vendas de mercadorias (CFOP 5.12) totalizou como valor contábil R\$ 39.343,19 correspondente a soma da base de cálculo do ICMS (R\$ 38.427,19) com as operações isentas de ICMS (R\$ 919,00), sendo que o valor de R\$30.889,18 se refere a

mercadorias enviadas para depósito as quais não constituem fato gerador da obrigação tributária.

A impugnante transcreve em sua petição entendimentos doutrinários e ementas de decisão administrativa acerca da definição de fato gerador e utilização de prova emprestada, afirmando que a fiscalização equivocadamente se fundamentou nos Livros de Apuração do ICMS não percebendo a necessidade de carrear outros elementos que comprovassem efetivamente, se ocorreu a pretendida omissão de receita.

A autuada requer o cancelamento do lançamento em lide afirmando não ter restado devidamente demonstrada a presença de omissão de receita.

A impugnante se insurge contra a multa lançada afirmando ter caráter confiscatório transcrevendo entendimentos doutrinários e jurisprudência do STF. Também se insurge contra a utilização da taxa SELIC na cobrança dos juros moratórios alegando ilegalidade e inconstitucionalidade.

Como mencionado, a DRJ Recife/PE considerou procedente o lançamento, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Não poderão ser excluídos da base de cálculo do SIMPLES os valores escriturados como demais saídas (código 5.99) quando não restarem comprovadas, através de documentação hábil e idônea, a sua efetiva natureza.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - MULTA CONFISCATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A cobrança em auto de infração da multa de ofício e dos juros de mora (calculados pela TAXA SELIC) decorre da aplicação de dispositivos legais vigentes e eficazes na época de sua lavratura, que, em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, são de aplicação compulsória pelos agentes públicos, até a sua retirada do mundo jurídico, mediante revogação ou resolução do Senado Federal, que declare sua inconstitucionalidade.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Lançamento Procedente

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 03/08/2009, a Contribuinte apresentou em 31/08/2009 o recurso voluntário de fls. 163 a 181, onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Na sequência, este colegiado, por meio da Resolução nº 1802-000.033, proferida em 24/05/2011, no intuito de se averiguar a ocorrência de decadência, encaminhou o processo em diligência para que a Delegacia de origem informasse se houve ou não recolhimentos do Simples relativamente aos períodos autuados.

Concluída a diligência, o processo retornou ao CARF para julgamento.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a matéria em litígio diz respeito a lançamento para a exigência de tributos abrangidos pelo regime de tributação simplificada – Simples, no período de janeiro a dezembro de 2002.

A ciência do lançamento ocorreu em 12/12/2007 (AR à fl. 124).

Segunda a Fiscalização, há diferenças entre a receita bruta declarada pela Contribuinte durante o ano calendário 2002, e a que realmente deveria ter sido oferecida à tributação.

Tais diferenças foram apuradas a partir do livro Registro de Saída de Mercadorias, onde foram registradas vendas (código CFOP 5.12) e também operações isentas para o ICMS (código CFOP 5.99), cujos montantes superaram as receitas declaradas.

O Relatório Fiscal de fls. 78 a 82 traz ainda as seguintes informações:

Cabe aqui lembrar que o código CFOP de três dígitos foi substituído, desde 1º de janeiro de 2003, pelo de quatro dígitos. O código CFOP 5.99 (genericamente descrito como "operações sem Débito do imposto, isentas, não tributadas ou outras") desdobrou-se em diversos códigos CFOP de quatro dígitos (para a relação completa vide documento 11). Como demonstra tal lista, nem todas as operações relacionadas podem ser excluídas da apuração da receita bruta (como o 5.922, "lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura", por exemplo).

A fiscalização insistiu perante o contribuinte na apresentação das notas e cupons fiscais de saída categorizadas sob tal código, de modo a discernir com exatidão se alguma dessas saídas poderia ser excluída da base de cálculo da receita bruta. Entretanto, como indicado pelo contribuinte em sua resposta (documento 07), tal documentação não está disponível, não sendo assim possível aferir se há de fato entre tais saídas alguma que se enquadre em situação que permita sua exclusão da receita bruta.

Em sua defesa, a Contribuinte, dentre outros argumentos, alega que as saídas registradas com o CFOP 5.99 correspondem a transferências de mercadorias para o seu depósito, que é inscrito no CNPJ sob o nº 08.130.288/0002-01. Portanto, seriam operações que não configuram fato gerador de obrigação tributária, nem para o ICMS, nem para os tributos federais.

A Delegacia de Julgamento, por sua vez, entendeu que a Fiscalização procedeu corretamente ao considerar os valores escriturados no código 5.99 como saídas tributáveis, uma vez que a Contribuinte não comprovou que estes registros correspondiam a transferências ou saídas não tributáveis.

PRELIMINARMENTE

Iniciado o julgamento no CARF, na sessão de 24/05/2011, observou-se que o lançamento ocorreu em 12/12/2007, abrangendo fatos geradores do ano-calendário de 2002, com apuração mensal, já que se trata de tributação no regime simplificado - SIMPLES.

Naquela ocasião, foi registrado também que não mais remanescem dúvidas de que o recolhimento do tributo, ainda que parcial, excluindo-se os casos de dolo, fraude ou simulação, enseja a aplicação da regra de decadência contida no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN.

Este, inclusive, é o entendimento consignado no Parecer PGFN/CAT Nº 1617/2008, aprovado pelo Ministro da Fazenda em 18/08/2008, e que estabelece orientações a serem observadas pela Secretaria da Receita Federal e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional quanto a essa matéria, em face da edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 8.

Oportuno destacar o item 40 do referido Parecer:

“P A R E C E R PGFN/CAT Nº 1617/2008.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 8. Alcance. Contribuições Previdenciárias. Forma de contagem de prazos. Fixação do termo a quo de prazos de decadência e de prescrição. Art. 150, § 4º, do CTN. Art. 173, I, do CTN. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977.

.....

40.Do que, então, emerge mais uma conclusão: o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN; a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, projetados nas contribuições previdenciárias. Isto é, no que se refere à contagem dos prazos de decadência. Tal concepção, em princípio, pode ser aplicada para todos os tributos federais, e não somente, para as contribuições previdenciárias.” (grifos acrescentados)

No caso, não foi imputada à Contribuinte a prática de dolo, fraude ou simulação.

Sendo assim, e como havia fortes evidências de ter havido recolhimento parcial, o processo foi baixado em diligência, para esclarecer o aspecto relacionado à decadência.

Em atendimento ao demandado por este colegiado, a Delegacia de origem prestou a seguinte informação:

- 1. Trata o processo em questão de Auto de Infração do SIMPLES lavrado contra o contribuinte em epígrafe.*
- 2. À vista da Resolução nº 1802-000.033 – 2ª Turma Especial, da Primeira Seção de Julgamento, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos é demandada a confirmação de recolhimentos do SIMPLES apurados no ano-calendário 2002.*
- 3. Consoante folhas 197 a 208, verificamos no sistema SINAL04 os DARF SIMPLES recolhidos pelo contribuinte para o período objeto da autuação.*
- 4. Destarte, cumprida a diligência, proponho o encaminhamento do processo ao CARF, especificamente à Primeira Seção de Julgamento, para prosseguimento do julgamento.*

O sistema Sinal registra a ocorrência de pagamento no código 6106 (Simples) para todos os meses do ano-calendário de 2002.

Deste modo, em vista das considerações acima, há se ser reconhecida a decadência para os meses de janeiro a novembro de 2002, eis que transcorridos mais de cinco anos entre a data dos fatos geradores (31/01/2002, 28/02/2002, ..., 30/11/2002) e a data do lançamento (12/12/2007), conforme o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

MÉRITO

Uma vez reconhecida a decadência para os meses de janeiro a novembro de 2002, o exame de mérito fica resumido à exigência relativa ao mês de dezembro de 2002.

O Relatório Fiscal, às fls. 78 a 83, indica para esse período as seguintes rubricas e valores:

Vendas no Estado (5.12)	–	R\$ 56.137,08
Operações Isentas (5.99)	–	R\$ 10.329,80
Receita Bruta Apurada	–	R\$ 66.466,88
Receita Bruta Declarada na DIPJ Simples	–	R\$ 56.137,08
Diferença de Receita Bruta a Autuar	–	R\$ 10.329,80

Cabe registrar que durante a fase de auditoria, a Contribuinte foi intimada a apresentar as notas e cupons fiscais relativos às saídas registradas com o código 5.99.

Em atendimento a essa intimação, ela informou que:

(...) foi dado uma busca no meu estabelecimento, como também na Secretaria Estadual de Tributação onde a empresa foi anteriormente fiscalizada e não foram encontrados os referidos

documentos solicitados por V. Sa. através do termo de intimação fiscal acima citado.

Como fundamento da autuação, a Fiscalização destacou que o código CFOP de três dígitos foi substituído, desde 1º de janeiro de 2003, pelo de quatro dígitos; que o código CFOP 5.99 (genericamente descrito como “operações sem Débito do imposto, isentas, não tributadas ou outras”) desdobrou-se em diversos códigos CFOP de quatro dígitos (para a relação completa vide documento 11); que a lista com os novos códigos de quatro dígitos demonstra que nem todas as operações relacionadas podem ser excluídas da apuração da receita bruta (como o 5.922, “lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura”, por exemplo).

Em sua decisão, a Delegacia de Julgamento entendeu que a Fiscalização procedeu corretamente ao considerar os valores escriturados no código 5.99 como saídas tributáveis, uma vez que a Contribuinte, intimada para tanto, não comprovou que estes registros correspondiam a transferências ou saídas não tributáveis.

A Contribuinte, em suas peças de defesa, vem alegando que a Fiscalização considerou indevidamente os valores relativos a remessas de produtos para depósito em armazém geral (CFOP 5.99) como saídas tributáveis; que a Fiscalização se enganou ao afirmar que as vendas contidas no código 5.99 se referiam a operações isentas do ICMS; que toda a saída escriturada nos livros fiscais sob o CFOP 5.99 refere-se a transferência de mercadoria para o depósito da Recorrente, que é inscrito no CNPJ sob o nº 08.130.28810002-01; e que não foram carregados elementos que comprovassem efetivamente a omissão de receita.

Inobstante a Contribuinte não ter apresentado as notas fiscais referentes às saídas com o código 5.99, penso que tal fato, por si só, não autoriza inferir que estas saídas corresponderiam a operações de vendas a serem tributadas pelo Simples.

Este fato pode sim configurar um indício, mas não prova de omissão de receitas.

Nesse sentido, vale registrar que o antigo código CFOP 5.99 (outras saídas) via de regra era utilizado para o registro de operações que não refletiam vendas.

Vê-se, pela própria “Lista de Correlação entre o Antigo Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 5.99 e seus Sucessores de Quatro Dígitos”, juntada pela Fiscalização às fls. 77, que a maioria das saídas na nova codificação corresponde a mera movimentação de bens ou mercadorias (devolução, remessa e retorno), as quais não caracterizariam auferimento de receita.

Das 28 descrições constantes desta lista, apenas uma delas, sob o código 5.922 - “Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura”, poderia caracterizar saída correspondente a venda.

Mas nada evidencia nos autos que as saídas no código 5.99 poderiam ter ocorrido a esse título, especialmente porque a empresa tem por objeto social o “comércio varejista de produtos odontológicos e hospitalares”.

O ônus de provar a ocorrência do fato gerador é da Fiscalização.

A meu ver, a decisão recorrida, ao sustentar suas conclusões no argumento de que a Contribuinte deixou de comprovar que os referidos registros correspondiam a transferências ou saídas não tributáveis, inverteu o ônus da prova, sem autorização legal para tanto.

Não há motivos nos autos para se concluir que as saídas sob o código 5.99 correspondem a operações de vendas. Aliás, o normal é que não correspondam.

Diante do exposto, voto no sentido de reconhecer a decadência das exigências relativas aos meses de janeiro a novembro de 2002, e, no mérito, voto para cancelar a exigência em relação a dezembro de 2002.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa