



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

Processo nº 10120.016064/2008-85
Recurso nº 511.046 Voluntário
Acórdão nº **3202-000.284 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 4 de maio de 2011
Matéria PIS/COFINS
Recorrente FRIGORÍFICO VALE DO CEDRO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: PIS/COFINS

Período de Apuração: 31/01/2005 a 31/12/2005

ILEGALIDADE LANÇAMENTO. AUSÊNCIA.

Tendo o lançamento sido pautado nas provas juntadas aos autos sem que o contribuinte tenha atacado tais provas de maneira a questionar e demonstrar a ausência de conteúdo das mesmas, não há que se falar em nulidade do lançamento.

MULTA QUALIFICADA.

A prática de oferecer à tributação, em todos os períodos de apuração do ano, percentual ínfimo da receita bruta declarada ao fisco estadual e escriturada no Livro de Apuração do ICMS, constitui ilícito que justifica a qualificação da multa de ofício.

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA ALEGADA APENAS EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Segundo o artigo 17 do Decreto 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela Recorrente, motivo pelo qual se encontram preclusas as matérias alegadas pela Recorrente apenas em sede de Recurso Voluntário.

RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO EM PARTE. NA PARTE CONHECIDA, REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DE LANÇAMENTO E NO MÉRITO NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso voluntário; na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário

José Luiz Novo Rossari - Presidente

Gilberto de Castro Moreira Junior - Relator

Editado em: 02/06/2011.

Participaram do presente julgamento os conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Mara Cristina Sifuentes, Rodrigo Cardozo Miranda, Antonio Spolador Junior e Gilberto de Castro Moreira Junior.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de 1ª instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

“Contra a contribuinte identificada no preâmbulo foram lavrados os autos de infração às fls: 74/89; formalizando lançamento de ofício do crédito tributário discriminado, relativo aos períodos de apuração de 31/01 a 31/12/2005, incluindo juros de mora calculados até 31/10/2008 e multa qualificada, de 150%, totalizando R\$ 1.979.064,70:

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS	1.734.490,43
Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS	375.806,28

Segundo a descrição dos fatos, detalhada no relatório lavrado às fls. 90/91, as exigências resultam de procedimento fiscal que constatou insuficiências de recolhimento das contribuições, incidentes sobre a receita bruta, conforme demonstrativo à fl. 73.

O arbitramento foi efetuado sobre a receita bruta coligida do Livro de Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), cujos dados conferem com os informados nas DPI (Declaração Periódica de Informações) apresentadas pela contribuinte à Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás; obtidas nos termos do Convênio União-SRF/Estado de Goiás-Sefaz, ao qual a fiscalização recorreu e verificou o fato de que, na DIPJ/2006 apresentada pelo sujeito passivo, este informou à SRF receita bruta igual a zero em todos os trimestres, enquanto nas DPI declarou receita de vendas superior a R\$ 22.000.000,00 auferida no ano-calendário de 2005.

Adicionalmente, foi Constatado que nas DCTF de 2005 a contribuinte declarou à SRF débitos de PIS e Cofins no montante aproximado de apenas 10% do que deveria ter sido recolhido sobre as receitas declaradas nas DPI, conduta que revela intuito deliberado de ludibriar a Fazenda Nacional, o que levou à qualificação da penalidade, na forma do art. 44, inciso II, da Lei nº. 9.430, de 1996.

A existência de indício de prática de crime contra a ordem tributária motivou a formalização de representação fiscal para fins penais, conforme Portaria RFB nº. 665, de 2008, nos autos do processo administrativo nº. 10120.016077-2008-54.

Cientificada das exigências por via postal em 09/12/2008 (AR reproduzido à 95), a contribuinte apresentou em 08/01/2009 a petição acostada às fls. 102/107 atacando o procedimento fiscal com os argumentos a seguir expostos.

Inicialmente, a impugnante alega que a autoridade lançadora baseou-se unicamente em informações colhidas da DPI apresentada à Sefaz-GO, não

considerando as despesas, exclusões, devoluções e cancelamentos referentes ao ICMS, de modo que a base impositiva resultante não corresponde à grandeza buscada para apuração das contribuições: a receita bruta. Em defesa de sua tese, reproduz ementa de decisão desta DRJ e de acórdãos proferidos pelo 1º Conselho de Contribuintes.

Discorda da qualificação da penalidade, argumentando que as informações contraditórias identificadas pela fiscalização não se tratam de prática reiterada, pois se deram em trimestres específicos, e não ao longo de todo o ano, o que descaracteriza o intuito de fraude invocado pelo autor do feito, devendo-se as divergências a erro escusável da contribuinte no preenchimento da DCTF e da DIPJ, facilmente perceptível”.

Ato seguinte, a decisão recorrida (fls. 142/145) recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2005 a 31/12/2005

DETERMINAÇÃO DA RECEITA BRUTA.

Não merece reparo a prática da fiscalização em apurar a receita bruta do contribuinte para efeito de base de cálculo da contribuição, a partir de declaração por ele prestada ao fisco estadual, mormente quando os valores dessas receitas coincidem com os escriturados no Livro de Apuração do ICMS.

MULTA QUALIFICADA.

A prática de oferecer à tributação, em todos os períodos de apuração do ano, percentual ínfimo da receita bruta declarada ao fisco estadual e escriturada no Livro de Apuração do ICMS, constitui ilícito que justifica a qualificação da multa de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2005 a 31/12/2005

LANÇAMENTO DECORRENTE DO MESMO FATO.

Ao lançamento da contribuição para o PIS aplica-se, no que couber, o decidido em relação à CSLL, formalizado a partir da mesma matéria fática.

Lançamento Procedente”.

Restando inconformado com a decisão de 1ª instância o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 155/198), nos termos abaixo.

Alega, preliminarmente, a ilegalidade do lançamento em virtude:

- (i) de que cabe ao Fisco provar a veracidade do que alega;
- (ii) da ilegalidade do lançamento com base em informações obtidas junto à Fazenda Estadual, sob o argumento de que a prova, por si só, não justifica exigência de tributo;
- (iii) de que a suposta diferença da receita declarada ao fisco federal e ao fisco estadual pode ser considerada como mero indício, não sendo suficiente para fundamentar um lançamento de omissão de receita. Ressalta, ainda, que

cabe ao Fisco Federal, de posse dos elementos fornecidos pela Fazenda Estadual, aprofundar-se nas investigações, delimitando a matéria tributável, situação que não ocorreu no caso dos autos, e
(iv) da aplicação equivocada da multa isolada (150%), devendo ser, no caso dos autos, aplicada a multa de 75%.

No mérito, aduz:

- (i) a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS;
- (ii) a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, e
- (iii) a ilegalidade da correção dos débitos pela taxa Selic.

Oportunamente, os autos foram enviados a este Colegiado. Tendo sido designado relator do caso, requisitei a inclusão em pauta para julgamento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade. Desta forma, dele tomo conhecimento parcial e passo a analisar as questões de mérito.

Ausência de ilegalidade do lançamento

A Recorrente, preliminarmente, ataca a legalidade do lançamento aduzindo que caberia ao Fisco provar a veracidade do que alega.

Ora, uma simples consulta aos autos do presente processo administrativo demonstra cabalmente que o Fisco prova a veracidade do que alega, trazendo aos autos elementos e documentos norteadores do lançamento.

Em relação à utilização de prova emprestada do Fisco Estadual entendo tal hipótese ser perfeitamente cabível.

Aliás, ao contrário do que afirma a Recorrente em sua peça recursal, as provas colhidas do Fisco Estadual foram colacionadas nestes autos em virtude de ausência de possibilidade de juntada de tais documentos pela própria Recorrente, sempre a pedir dilação de prazo para trazer documentação comprobatória da regularidade de sua situação aos autos (fls. 06/10), deixando claro, inclusive, que os documentos solicitados estavam em poder do Fisco Estadual (fl. 10), motivo pelo qual àquele ente da administração pública foram solicitados tais documentos para arbitramento do lucro com base na receita bruta da Recorrente (fls. 36/37).

A Recorrente teve oportunidade de se manifestar acerca do conteúdo dos documentos juntados, jamais tendo se infringindo contra ou trazido provas que derrubassem as acusações, fato que demonstra a legalidade da situação. Nota-se aqui, que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, aplicáveis ao contencioso administrativo fiscal.

Hugo de Brito Machado Segundo estabelece relação entre prova emprestada e a observância de tais princípios, *in verbis*:

“Finalmente, é necessário, quanto à prova emprestada utilizada pela administração para agravar a situação do sujeito passivo, que sejam respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Para tanto, é importante que a Administração colha emprestada a prova produzida em outro processo, e não a decisão proferida com base em tais provas”.

(Processo Tributário, 5ª edição. Editora Atlas. p. 156)

Nota-se, ainda, ao compulsar os autos, que durante todo o curso do procedimento de fiscalização e, mesmo após instaurada a fase contenciosa do processo administrativo fiscal, a Recorrente se limitou a atacar as provas apresentadas de maneira apenas genérica, afirmando que não poderiam servir como base para autuação, jamais trazendo elementos fáticos e reais aptos a descaracterizar os documentos colacionados. Note-se, aqui, que a Recorrente jamais se insurgiu contra a DIPJ 2006 (AC 2005) acostada aos autos zerada (fls. 60/67), mesmo diante do fato de que em seus livros fiscais fornecidos ao Fisco Estadual constava como Receita Bruta exorbitantes R\$ 22.000.000,00, bem como em relação à notória diferença percebida em planilha contendo valores apurados e efetivamente declarados e recolhidos por ela (fl. 73)

Ainda, mais uma vez, ao contrário do que afirma a Recorrente, destaca-se que a autuação objeto do presente processo foi decorrente de apurado investimento de Fiscalização e não com base apenas em meros documentos emprestados do Fisco Estadual, tendo a Recorrente se pronunciado nos autos sempre de maneira genérica, jamais trazendo documentos aptos a derrubar a realidade a que se chegou através da análise das provas.

Por tais motivos não há que se falar em nulidade do lançamento, destacando-se que tal procedimento se encontra em perfeita harmonia com o princípio da verdade material, aplicável ao processo administrativo fiscal.

Multa qualificada

Em relação a este tópico, colaciono trecho do voto do acórdão proferido neste processo, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília/DF, por entender que resume o fato dos autos, aplicando a legislação correspondente de maneira pertinente:

“No que diz respeito à qualificação da penalidade, salta aos olhos a circunstância de que as discrepâncias constatadas pela fiscalização não podem ser interpretadas como resultado de mero erro escusável, diante de sua constância e magnitude. Ao contrário do que procura afirmar a impugnante, a prática adotada verificou-se ao longo de todos os períodos de apuração do ano de 2005, como espelha o demonstrativo à fl. 73.

Neste aspecto, como bem frisa a fiscalização na descrição dos fatos, foi reiterado o procedimento de informar em DCTF apenas o percentual ínfimo de

cerca de 10% do tributo e da contribuição incidentes sobre a receita bruta, no regime do lucro presumido, não se tratando, portanto, de meros erros pontuais ou de diferenças de menor relevância, justificando-se plenamente a aplicação da penalidade no percentual previsto no inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, pois a ilicitude deixa visível a intenção do sujeito passivo de burlar o fisco, recolhendo sistematicamente as contribuições (Cofins e PIS) em valores significativamente aquém dos devidos”.

Preclusão. Matéria não impugnada alegada apenas em sede de recurso voluntário.

De acordo com o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72 “*considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante*”.

No presente caso se observa que nem todos os argumentos levantados no recurso voluntário estavam presentes na peça impugnatória.

Ressalta-se que a fase recursal tem como fundamento, na visão de JAMES MARINS, o princípio do duplo grau de cognição, o qual atende ao princípio da ampla defesa. Nas palavras do citado autor:

“A idéia de revisão recursal dos julgamentos administrativos ou judiciais atende a necessidades de qualidade e segurança da prestação estatal julgadora e é imperativo jurídico expresso no art. 5º, LV, da CF/88. Representa, o direito a recurso, manifestação axiomática do direito à ampla defesa.

Denomina-se de “hierárquico” o recurso que submete a revisão da decisão a órgão julgador, monocrático ou colegiado, de hierarquia superior, competente para reapreciação e re julgamento da lide fiscal”.

(Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial. 4ª edição. São Paulo: Dialética, 2005. p. 196).

Da afirmação é possível compreender que o recurso tem como objetivo a revisão da decisão da DRJ. Dentro deste enfoque, se estabelece também limitação à Recorrente, no sentido de possuir prazo específico para alegar toda a defesa que entenda necessária. Entretanto, passada esta fase depois de iniciado o processo administrativo, a Recorrente não pode, no recurso, alegar matéria não impugnada, caso contrário ter-se-ia a análise inicial de defesa na fase recursal, o que causaria enorme contradição, pois não haveria quem analisasse em fase de recurso os argumentos levantados apenas em etapa recursal. Além disso, o processo administrativo poderia se tornar uma seqüência infinita, com a alegação de novos argumentos a qualquer momento, e a conseqüente necessidade de análise.

Neste sentido, já decidiu o E. Conselho de Contribuintes:

“(…) NORMAS PROCESSUAIS–PRECLUSÃO – Nos termos do artigo 17 do Decreto 70235/72, matéria não impugnada está fora do litígio e o crédito tributário a ela relativo, torna-se consolidado (…).”

Processo nº 10120.016064/2008-85
Acórdão n.º **3202-000.284**

S3-C2T2
Fl. 210

(Recurso Voluntário nº: 129198. 8ª Câmara. Processo nº 13924.000383/95-16. Recorrente Varaschin & Cia. Ltda. Recorrida DRJ-Curitiba/PR. Sessão: 17/04/2002. Relatora: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro. Acórdão 108-06924. Resultado: NPU - negado provimento por unanimidade).

No mesmo sentido, destaque o acórdão CSRF/ 101-03.351 (DOU de 28.09.2001) que prima pelo duplo grau de jurisdição, afastando o conhecimento de matérias preclusas por este Conselho.

Desta forma, não cabe a análise dos seguintes tópicos alegados pela Recorrente no recurso voluntário devido ao fato de não terem sido anteriormente apresentados: (i) exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; (ii) inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS e (iii) suposta ilegalidade da correção dos débitos pela Taxa Selic.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário em parte, sendo que, na parte conhecida, rejeito a preliminar de nulidade de lançamento e no mérito nego provimento ao Recurso.

Gilberto de Castro Moreira Junior