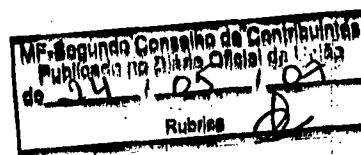




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº	10140.002801/2003-10
Recurso nº	134.961 Voluntário
Matéria	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Acórdão nº	204-02.123
Sessão de	de 24 de janeiro de 2007
Recorrente	TIBIRIÇÁ COMERCIAL LTDA.
Recorrida	DRJ em Campo Grande - MS



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
 Brasília, 14 / 05 / 07
 Maria Luzimar Novais
 Mat. Siapê 91641

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1998 a 30/04/2002

Ementa: COFINS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. O prazo de decadência da Contribuição destinada ao Financiamento da Seguridade Social - Cofins é de dez anos, conforme previsto pelo artigo 45 da Lei nº 8.212/91. Ao julgador administrativo é defeso o exame de matéria constitucional, nos termos do que dispõe o artigo 22A Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

LANÇAMENTO EFETUADO COM BASE EM INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS FORNECIDOS AO FISCO ESTADUAL. É válida a autuação baseada em declarações prestadas ao Fisco Estadual pelo próprio contribuinte e nos livros fiscais relativos à apuração de ICMS, quando o sujeito passivo, intimado a prestar informações e apresentar documentos, deixa de apresentá-los. A utilização de documentos obtidos perante o Fisco Estadual não prejudica a defesa, que poderia ter comprovado a improcedência da exigência por todos os meios de prova admitidos.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A alegação de que parte dos valores que foram incluídos na base de cálculo do tributo é relativa a saídas que não se

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	14 / 05 / 07
 Maria Luzimar Novais Mat. São 91641	

caracterizam como receita só pode ser acatada se
restar comprovada documentalmente.

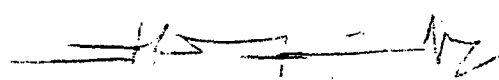
Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao
recurso.

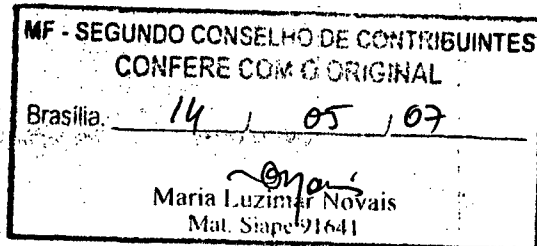

HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Presidente


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Jorge Freire,
Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ana Maria Ribeiro Barbosa (Suplente), Leonardo Siade
Manzan, Júlio César Alves Ramos e Mauro Wasilewski (Suplente).



Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Tibiriçá Comercial Ltda. contra decisão da Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Corumbá-MS, que julgou procedente o lançamento consubstanciado em auto de infração lavrado para formalizar exigência de Cofins, relativa aos períodos de apuração compreendidos entre 01/04/1998 e 30/04/2002.

Os fatos encontram-se assim descritos no relatório que compõe a decisão recorrida:

Tibiriçá Comercial Ltda., acima qualificada, foi autuada no total do crédito tributário de R\$ 818.816,75, relativo à Cofins, juros de mora calculados até 30/09/2003 e multa proporcional, de ofício, de 75% (fls. 295/326), tendo em vista a constatação de diferenças entre os valores escriturados e os valores declarados/pagos.

Intimada da autuação em 05/11/2003, conforme fl. 295, a contribuinte apresentou impugnação em 05/12/2003 (fls. 347/354), acompanhada de procuração (fl. 355) e documentos (fls. 356/374), alegando, preliminarmente, que é inquestionável a decadência do direito de o Fisco exigir a Cofins sobre os fatos geradores ocorridos nos meses anteriores a cinco anos contados da data de notificação do auto de infração (05/11/1998), citando jurisprudência a seu favor.

Quanto ao mérito, a impugnante alegou, resumidamente, que:

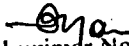
3.1 – ela não se recusou a entregar os documentos e livros solicitados por intimação, tendo esclarecido ao auditor fiscal que a empresa estava sob ação fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em poder da qual se achavam os livros e documentos fiscais;

3.2 – a despeito disso, entregou ao fisco federal cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS, do livro de Apuração do IPI, das Guias de Informação e Apuração (GIA) do ICMS e dos Demonstrativos auxiliares à apuração do ICMS, em relação à totalidade do período fiscalizado, além de seu contrato social e da DIPJ, documentação suficiente para a identificação da base de cálculo do IRPJ e CSLL, no regime do lucro presumido;

3.3 – o lançamento foi realizado tomando-se como base os valores contábeis declarados no “Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS” apresentado junto à Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo;

3.4 – não se pode confundir valor contábil com base de cálculo para efeito de Cofins;

3.5 – nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1999, a Cofins tem como base de cálculo o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, com as exclusões do parágrafo 2º, do último desses artigos (vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos, o IPI, etc.), além da exclusão das exportações;

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	14 / 05 / 07
	
Maria Luzimar Novais	
Mat. Sape 91641	

3.6 - o valor contábil ~~que consta do~~ "Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS" corresponde à soma das seguintes operações de saída:

a) No Estado (operações internas):

- de Vendas - código 5.11 a 5.17 - incluindo as vendas tributadas, saídas isentas, e o valor do IPI;

- Outras - código 5.91 a 5.99 - incluindo as operações que não geram receita nem, conseqüentemente, tributos: remessa para industrialização, remessa para conserto, devolução de ativo fixo, etc.

b) De outros Estados (operações interestaduais):

- de Vendas - código 6.11 a 6.19 - incluindo vendas tributadas, saídas isentas, e o valor do IPI;

c) Outras - código 6.91 a 6.94 - operações não incluídas nas alíneas anteriores, e que não geram receitas nem, conseqüentemente, tributos: remessa para industrialização, remessa para conserto, devolução de ativo fixo, etc.) Exportações - código 7.11 a 7.17 - que não são tributadas não só pelo ICMS, nem pelos tributos a que se referem a autuação principal e as autuações reflexas;

3.7 - a autuação foi realizada tomando-se como base os valores contábeis em sua totalidade, deduzidos, apenas, os valores relativos às vendas canceladas, sem considerar as exclusões, todas devidamente apontadas nas GIAS e no "Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS" (remessas para industrialização, remessas para conserto, devolução de ativo, valor do IPI, exportações, etc.);

3.8 - a própria leitura das GIAS e do "Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS" comprovam as suas alegações e, para melhor elucidação, juntas planilhas nas quais está indicando, mês a mês, em todo o período fiscalizado, os valores totais contábeis, as exclusões e o IPI, explicitando a base de cálculo correta e a indevidamente adotada pela fiscalização;

3.9 - protesta pela oportuna juntada dos documentos fiscais relativos às exclusões, tão logo seja concluída a ação fiscalizadora da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em cujo poder se acham os livros e documentos fiscais da empresa.

Finaliza requerendo o acolhimento da impugnação, com o cancelamento do lançamento.

Esta DRJ, analisando o auto de infração e as alegações da impugnação, baixou os autos em diligência (fl. 376), para que a DRF de origem se manifestasse sobre as alegações da impugnante e sobre os demonstrativos de fls. 310/314 e, sendo o caso, elaborasse novos demonstrativos da situação fiscal apurada, discriminando cada valor componente daquele total, procedendo às exclusões devidas, reabrindo o prazo de trinta dias para que a impugnante, querendo, se manifestasse.

A DRF diligenciante ~~juntou documentos de fls. 379/400~~ e elaborou Termo de Informação Fiscal (fls. 401/409), ao final do qual concluiu que:

6.1 – não existe qualquer documento retido, não há obstáculo, não estando o contribuinte impossibilitado de apresentar coisa alguma;

6.2 – os documentos não foram apresentados pelo contribuinte fruto de sua livre e consciente decisão, assumindo os riscos e as consequências de não fazê-lo;

6.3 – resta claro, o tipo de conduta por ele assumida tanto no decorrer da fiscalização como agora na solução do litígio, utilizando-se de omissões e expedientes meramente protelatórios;

6.4 – o procedimento de arbitramento do lucro realizado pela fiscalização foi pontual e necessário, e está perfeitamente amparado na legislação (artigo 530, III, do RIR/99);

6.5 – se o contribuinte contesta a base de cálculo adotada solicitando sejam feitas determinadas exclusões, o mesmo deve trazer aos autos provas materiais, elementos consistentes para fundamentar suas pretensões;

6.6 – nesta altura do desenrolar dos fatos, não cabe ao Auditor Fiscal “pegar no pé” do contribuinte a fim de obrigá-lo entregar este ou aquele documento para provar o que ele próprio alega.

Cientificada do Termo de Informação Fiscal em 15/12/2005 (fls. 410/411), a contribuinte apresentou a petição de fls. 414/415, alegando que:

7.1 – as inclusas notas fiscais comprovam de forma cabal que as operações de “outras saídas” referidas na impugnação não são geradoras de receita ou faturamento;

7.2 – em relação ao ano de 1998 e aos meses agosto a outubro de 1999, ela, apesar de seus esforços, ainda não logrou encontrar as notas fiscais relativas a tais operações, protestando pela oportuna juntada delas, tão logo localizadas;

7.3 – as notas ora juntadas evidenciam e comprovam o equívoco da autuação, já que o “arbitramento foi realizado tomando-se como base, repita-se, os valores contábeis em sua totalidade, deduzidos, apenas, os valores relativos às vendas canceladas, sem considerar as exclusões, todas devidamente apontadas nas GIAS e no “Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS” (remessas para industrialização, remessas para conserto, devolução de ativo, valor do IPI, exportações, etc.)”;

7.4 – tendo optado pelo regime de apuração do IRPJ pelo lucro presumido, não possui nem estava obrigada a manter Livro Diário nem Livro Razão, não se justificando, por isso, a insistência do auditor autuante na apresentação desses livros;

7.5 – reitera os termos de sua impugnação, inclusive quanto ao fato de que, durante a fiscalização, apresentou cópia dos Livros de Apuração de ICMS e de IPI.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	14 / 05 / 07
Maria Luzimar Novais	
Mat. SIAPE 91641	

A DRJ em Corumbá-MS manteve o lançamento, afastando a preliminar de decadência e ratificando o procedimento fiscal de que ensejou a lavratura do auto de infração, baseando-se nas informações constantes das declarações prestadas pela Recorrente ao Fisco Estadual, providos aos autos pela Recorrente, deixando de analisar os livros contábeis da empresa, que não foram apresentados à fiscalização nem no momento do início do procedimento de fiscalização nem na diligência determinada pela primeira instância de julgamento, apesar de ter sido diversas vezes intimada a apresentá-los, sob o argumento de que tais documentos encontravam-se retidos com o Fisco Estadual.

A decisão da DRJ em Corumbá-MS está assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/1998 a 30/04/2002

Ementa: COFINS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial, no que se refere à Cofins, é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Guias de Informação Mensal do ICMS. Divergências.

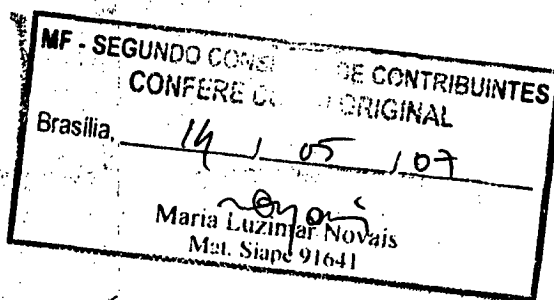
Quando o contribuinte não esclarece as divergências apuradas entre as bases de cálculo por ele consideradas, para apuração da Cofins declarada e recolhida, e o faturamento informado nas Guias de Informação Mensal (ICMS), é cabível a exigência com base nestes documentos.

Alegação. Comprovação.

As alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando esse for o meio pelo qual sejam provados os fatos alegados, não têm valor.

Contra a referida decisão, a Recorrente apresentou o competente recurso voluntário ora em julgamento, no qual ratificou as suas razões, pugnando pela declaração de decadência de parte do crédito tributário exigido, e pela exclusão da base de cálculo apurada de operações de saída que não se configurariam como receita.

É o relatório.



Voto

Conselheiro FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Com relação à argüida decadência da Cofins, observa-se que, para a sua declaração, seria necessário o confronto das disposições do art. 45 da Lei nº 8.212/91 com as disposições do art. 150, § 4º do CTN, o que é defeso ao julgador administrativo, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, por envolver exame de constitucionalidade de normas em decorrência da aplicação do princípio da hierarquia.

Com efeito, o controle de legalidade do ato administrativo atribuído pelo art. 2º da Lei nº 9.784/99 somente pode ser exercido no âmbito dos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação de determinada lei ao caso concreto se este, em razão da melhor interpretação da lei, não se subsumir à hipótese nela descrita.

Foi esta a razão, apenas a título de esclarecimento, que levou a colenda 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais a acatar a decadência de 5 (cinco) anos apenas para a Contribuição devida ao PIS, não incluída no rol das contribuições previsto pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, sob a consideração de que somente as contribuições sociais recepcionadas pelo art. 195, inciso I da CF/88, dentre elas a Cofins, estariam abrangidas pelas disposições da citada lei.

Com estas considerações, afasto a preliminar de decadência.

O presente auto de infração foi lavrado com base em documentos relacionados à apuração do ICMS, especialmente no “Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS”, tendo em vista que, apesar do sujeito passivo ter sido diversas vezes intimado a entregar os documentos contábeis e fiscais, deixou de apresentá-los.

Conforme consta do “Termo de Informação Fiscal” de fls. 401 a 409, o termo de início de fiscalização foi lavrado em 26/05/2003, tendo sido realizadas reiterações das intimações, sem que nenhuma delas fosse atendida e nenhum dos documentos solicitados fosse apresentado. O único documento apresentado foi o “Demonstrativo Auxiliar à Apuração do ICMS”.

Na impugnação do sujeito passivo, não foram apresentados os documentos para os quais a empresa já havia sido diversas vezes intimada a entregar, sob o mesmo argumento apresentado no início do procedimento fiscalizatório, de que referidos documentos encontravam-se em poder da fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

A DRJ em Corumbá - MS, a fim de apurar a procedência das alegações do sujeito passivo, determinou a realização de diligência, para “que a DRF de origem se manifestasse sobre as alegações da impugnante e sobre os demonstrativos de fls. 310/314 e,

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 14 / 05 / 07	
Maria Luzimar Novais Mat. Siapc. 91641	

sendo o caso, elaborasse novos demonstrativos da situação fiscal apurada (...)” (trecho extraído da Decisão da DRJ – fls. 420).

Em resposta à determinação da DRJ, a DRF jurisdicionante prestou os esclarecimentos constantes do “Termo de Informação Fiscal” de fls. 401 a 409, informando que oficiou (i) a Junta Comercial do Estado de São Paulo para averiguar se haviam livros Diário registrados, tendo constatado que “não existe qualquer autenticação de Livro Diário realizada pelo Contribuinte”, (ii) a Delegacia Regional Tributária de Guarulhos/SP para apurar se os documentos solicitados pela fiscalização encontravam-se em seu poder, concluindo que “em momento algum a fiscalização Estadual solicitou ao contribuinte que apresentasse o Livro Diário, Razão e ou Livro Caixa e “muito embora o contribuinte estivesse sendo fiscalizado pelo Fisco Estadual até o dia 30/06/2003, o mesmo já havia sido intimado apresentá-los em 14/04/2003, em 26/05/2003 e a fatídica intimação recebida em 04/08/2003, ou seja, quando os trabalhos do Fisco Estadual já haviam sido concluídos”. Por fim, a autoridade administrativa responsável pela diligência afirma que as bases de cálculo do tributo foram extraídas do “Demonstrativo Auxiliar a Apuração do ICMS” tendo em vista que este era o único elemento de que dispunha a fiscalização, e que foram subtraídos os valores relativos às vendas canceladas, não sendo possível a realização de outras exclusões em razão da falta de apresentação dos documentos.

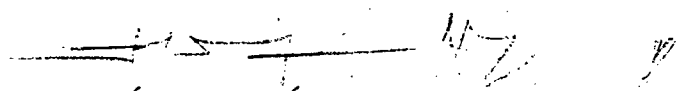
É importante observar que, apesar de ter tido diversas oportunidades para apresentar documentos, e de se opor ao lançamento por meio do presente processo administrativo, em todas as suas instâncias, a Recorrente não trouxe aos autos elementos que comprovassem a regularidade do cumprimento de suas obrigações fiscais, .

A apuração da base de cálculo lastreada nas declarações prestadas ao Fisco Estadual, quando a empresa deixa de apresentar os documentos hábeis à correta apuração, é plenamente válida. Além disso, a Recorrente poderia ter trazido provas de que não cometeu as infrações que lhe foram impostas, não tendo trazido qualquer elemento capaz de desconstituir o lançamento perpetrado.

A alegação só pode ser acatada quando for comprovada, pelo que mantenho o lançamento perpetrado, face a ausência de comprovação dos fatos alegados, que resultariam em exclusão na base de cálculo, nos termos da decisão da DRJ, especialmente porque os documentos juntados em grau de recurso não comprovam que as saídas alegadas estavam contempladas no lançamento e registradas contabilmente.

Por tais fundamentos, voto no sentido negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 24 de janeiro de 2007


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ