



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10530.724117/2010-28
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-002.118 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 19 de novembro de 2021
Recorrente COMERCIO SO FRUTAS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

AUTOS DE INFRAÇÃO (AI). FORMALIDADES LEGAIS. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À HIPÓTESE NORMATIVA.

Os Autos de Infração (AI's) encontram-se revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, apresentando, assim, adequada motivação jurídica e fática, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigidos nos termos da Lei.

Constatado que os fatos descritos se amoldam à norma legal indicada, deve o Fisco proceder ao lançamento, eis que esta é atividade vinculada e obrigatória.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento de defesa quando os Autos de Infração (AI) e seus anexos integrantes são regularmente cientificados ao sujeito passivo, sendo-lhe concedido prazo para sua manifestação, e quando estejam discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam a autuação, tendo sido observados todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Tendo o Auditor Fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos moldes da legislação de regência, não há que se falar em nulidade da autuação.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO (MPF-F). PRORROGAÇÃO.

O Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) é a ordem específica dirigida ao auditor-fiscal para que, no uso de suas atribuições privativas, instaure o procedimento fiscal de fiscalização, relativo aos tributos administrados pela RFB.

TRIBUTAÇÃO. DETERMINAÇÃO LEGAL. ARGÜIÇÃO DE CONFISCO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa a apuração e lançamento dos créditos tributários, nos moldes da legislação que a instituiu.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação, ou deixar de observar lei ou decreto, sob

fundamento de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário.

PRODUÇÃO DE PROVAS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

A apresentação de provas, inclusive provas documentais, no contencioso administrativo, deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas.

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento da impugnante, preenchidos os requisitos previstos na legislação, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece na fase recursal matéria de defesa não alegada em impugnação. Invocar novos fundamentos na fase recursal, quando não de ordem pública afronta o Princípio da Dialética.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007

FALTA / INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento de PIS torna indispensável o lançamento de ofício, a fim de constituir o crédito tributário devido.

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

O § 2º do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe que o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição para o PIS/PASEP.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2007

FALTA / INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

O § 2º do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe que o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer dos argumentos contidos no título “Ratifica os demais fundamentos em impugnação” e, da parte conhecida, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira e Sabrina Coutinho Barbosa.

Relatório

Para retratar fielmente as particularidades do litígio, inclusive os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, aqui Recorrente, em impugnação, adoto o relatório preparado pelo juízo *a quo* no acórdão recorrido nº 16-84.518:

DA AUTUAÇÃO

1. Trata-se de crédito lançado pela Fiscalização contra a empresa em epígrafe, por meio de Autos de Infração lavrados em 06/12/2010, relativos ao ano-calendário 2007, referentes às Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), como segue:

☐ Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS): AI no valor de R\$ 7.112,03, incluindo a multa de ofício e os juros de mora (fls. 03/04);

☐ Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS): AI no valor de R\$ 32.825,12, incluindo a multa de ofício e os juros de mora (fls. 12/13).

1.1. Os créditos lançados encontram-se discriminados nos Demonstrativos Consolidados do Crédito Tributário do Processo, fls. 02 e 11.

1.2. O Relatório de Encerramento da Ação Fiscal, de fls. 21 a 23, apresenta as informações que seguem adiante.

☐ O procedimento de fiscalização foi motivado pela existência de divergências entre os valores declarados ao fisco estadual e os valores declarados através das DIPJ's e DCTF's, e se iniciou através do Termo de Início de Fiscalização, cientificado ao Contribuinte em 14/06/2010;

☐ Após ter seu pedido de prorrogação de prazo atendido, o Contribuinte apresentou em 06/07/2010 os livros contábeis e fiscais, e parte dos documentos solicitados, ☐ Em 06/07/2010, a Fiscalização lavrou Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 001, onde registrou que a opção do Contribuinte, pela tributação com base no lucro presumido no exercício de 2008, ano calendário de 2007, fora inadequada e ineficaz, visto que não foi atendido os requisitos necessários a tal opção;

☐ Tal constatação decorreu da interpretação dada ao artigo 26, § 1º da Lei nº 9.430/96 pela SCI nº 05 – COSIT: no caso da apresentação da DIPJ e/ou DCTF zerada, o Contribuinte não efetivou a sua opção pela forma de tributação, visto que as declarações apresentadas desta forma não evidenciam a apuração do imposto devido. No caso, a sistemática correta a ser aplicada era a apresentação da DIPJ com base no Lucro Real Trimestral, o que não foi feito pelo Contribuinte;

☐ Intimado a justificar as divergências existentes entre os valores registrados no Livro de Registro de Apuração do ICMS e aqueles declarados em DMA's - Declaração de Apuração Mensal do ICMS, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, o Contribuinte informa que tais divergências decorrem das vendas de parte das suas mercadorias para o mercado externo;

☐ Dada a sua impossibilidade de opção pela tributação com base no lucro presumido, foi solicitada, à empresa, a apresentação do Livro Razão e livro LALUR referentes ao ano calendário de 2007;

☐ Após ter sido concedida nova prorrogação de prazo, e de posse de todos os livros contábeis e fiscais e demais documentos apresentados - Livros Diário, LALUR e Razão, Livro de Registro de Apuração do ICMS e Livro de Registro de Prestação de Serviços, todos dos anos calendários de 2006 e 2007, a Fiscalização efetuou o cotejamento entre os valores ali registrados e os valores declarados nas respectivas DIPJ's e DCTF's apresentadas;

☐ Deste cotejo, restou comprovada a insuficiência do recolhimento das Contribuições para o PIS e a COFINS no ano calendário de 2007, e as infrações relativas a omissão de receitas e insuficiência de recolhimento do IRPJ e CSLL nos anos calendários de 2006 e 2007;

☐ Encontra-se anexo, à fl. 20, o Demonstrativo da Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e para a COFINS.

1.3. De acordo com os anexos "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" (fls. 05/06, 14/15), foram tributados apenas os valores referentes à venda de serviços, visto que para as demais receitas, correspondentes à venda de frutas frescas, a alíquota é zero.

1.4. Além dos anexos "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", acompanham os Autos de Infração (fls. 03/04, 12/13): "Demonstrativos de Apuração" (fls. 07, 16); "Demonstrativos de Multa e Juros de Mora" (fls. 08/09, 17/18); Termo de Encerramento (fls. 10, 19); Demonstrativo da Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e para a COFINS (fl. 20).

1.5. Integram, ainda, o presente processo administrativo: Demonstrativos Consolidado do Crédito Tributário do Processo (fls. 02 e 11); Termos de Início de Procedimento Fiscal, de Entrega de Documentos, de Devolução de Documentos, de Constatação e Intimação Fiscal, respostas e documentos fornecidos pela empresa (fls. 24/83).

DAS IMPUGNAÇÕES

2. O Contribuinte foi cientificado das autuações integrantes do processo nº 10530.724117/2010-28 em 10/12/2010, por meio de seu procurador (fls. 04, 10, 13, 19), e apresentou tempestivamente, em 11/01/2011, conforme envelope de fls. 87/88, as impugnações de fls. 89 a 104, e 270 a 286, com juntada dos seguintes documentos:

- ☐ procurações, Contrato Social e Alterações, fls. 105/115 e 287/297;
- ☐ Notas Fiscais, fls. 116/269 e 298/450.

3. Apresenta as alegações que seguem, em síntese, abaixo.

DA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE PIS

Dos Fatos

3.1. Apresenta um breve relato dos fatos bem como de suas razões de impugnação.

3.2. Afirma que a Fiscalização, sem observar o princípio da legalidade e as definições jurídicas que definem o PIS, apurou valores fictos a partir das informações contidas nas notas fiscais e erros materiais do contador da empresa.

3.3. Destaca que a primeira NF faturada da empresa, de nº 000001, até a data de 10 de janeiro de 2011, ainda não foi paga, como consta nos fechamentos de notas faturadas e não recebidas no ano de 2006.

3.4. Ressalta que através de planilhas anexas, a Impugnante demonstra os valores na cifra de R\$ 947.165,71 (novecentos e quarenta e sete mil, cento e sessenta e cinco reais e setenta e um centavos), sem atualização, que não foram recebidos, ou seja, receitas brutas/ faturamentos que nunca entraram no caixa da empresa, face a inadimplência dos seus clientes, e por imperícia do contador deixaram de ser contabilizados como prejuízo conforme determinação legal.

3.5. Aduz que também existem os valores agregados de beneficiamentos, mão-de-obra (assalariada) e labor dos próprios sócios, insumos, ICMS, etc.

3.6. Alega que os valores não recebidos pela empresa deveriam ter sido abstraídos da apuração fiscal, pois não houve a hipótese de incidência tributária, vez que definir renda ou lucro apenas com base em notas fiscais é subverter a lei e, conseqüentemente, praticar ato administrativo nulo ou anulável (autuação nula).

3.7. Assevera que a Impugnante não presta serviços, mas apenas exporta e importa frutos, operação com benefícios legais e incentivos fiscais, com benefícios da alíquota zero, prevista nos artigos 18 e 59 do Decreto 4.524/02.

Do Direito

Preliminar de Nulidade

3.8. Argumenta que conforme o MPF e o Termo de Constatação e Intimação nº 0001, o Auditor Fiscal era mandatário para apuração nos períodos de 2006 e 2007; contudo, extrapolou da sua competência, ao ter realizado trabalho e apuração no ano de 2008. Transcreve trecho do Relatório de Encerramento da Ação Fiscal.

3.9. Discorre sobre o ato administrativo fiscal e conclui que, de acordo com a jurisprudência dominante, a autuação do ano de 2007 é nula, por ter sido praticada com desvio de finalidade.

3.10. Afirma que a empresa apurou prejuízo nos períodos de 2006 e 2007, tendo o seu patrimônio desfalcado pelo crédito negativo de seus negócios e teve de se valer de alguma fonte de recursos para suportá-lo, inclusive de empréstimo e indenização trabalhista.

3.11. Alega que a autuação deixou de observar prejuízos, deduzir despesas e custos apurados nos anos da fiscalização, ou seja, arbitrou valores, apurando tributo devido sobre elementos que não traduzem receita bruta com seus abatimentos determinados por lei. Tal situação representa confisco do patrimônio da empresa.

3.12. Cita renomado jurista, o artigo 110 do CTN, e assevera que o Fisco, ao apurar uma incidência tributária (IR ou Contribuição Social), não deve alterar as definições e alcance de lucro e renda, sob pena de infringir o citado artigo 110 do CTN.

3.13. Prossegue discorrendo sobre as mutações patrimoniais das empresas e a apuração de lucro, às fls. 97/100, e sustenta que se há prejuízo num exercício, não pode haver imposto a pagar.

3.14. Enfatiza também que se há excesso de prejuízo, deve-se permitir a sua compensação nos exercícios subseqüentes, para que só incida a tributação sobre resultados efetivos, quando estes voltarem a ser positivos.

3.15. Destaca que é direito do Contribuinte, contido no art. 5º, inciso XXXVI da C.F., a compensação dos prejuízos, sob pena de confisco, e assevera que em nenhum momento se observou as determinações legais que regem o enquadramento do PIS tendo como opção a apuração pelo Lucro Real, face à falta ilegal de deduções conferidas por lei.

3.16. Conclui que por obrigação legal, e de acordo com o artigo 3º do CTN, deveriam ter sido deduzidos dos valores apurados como receita bruta os abatimentos legais de ICMS, IPI, vendas não recebidas, que não são a definição de receita bruta, ou até mesmo o conceito genérico de receita.

Da Tipicidade Tributária – Falta do Enquadramento no Auto de Infração

3.17. Afirma que no demonstrativo de apuração não existe a tipificação da fundamentação legal do tributo cobrado, mas apenas a legislação que impõe a multa, juros e atualização.

3.18. Salienta que o Autuante deveria descrever no demonstrativo de apuração qual o artigo da lei se baseou para apurar o tributo, configurando-se assim a falta de tipicidade tributária, ensejando nulidade de todo o AI.

3.19. Reitera que os atos administrativos fiscais são plenamente vinculados, e conclui que ocorreu cerceamento da defesa, devendo ser decretada a nulidade do auto.

Do Pedido

3.20. Diante do exposto, requer que:

3.20.1. seja declarada a nulidade do Auto de Infração por não obedecer o princípio da legalidade.

3.20.2. seja declarada a nulidade referente ao ano de 2007, caso não entenda ser totalmente nulo o AI, vez que o Sr. Auditor extrapolou seus poderes contido no mandado fiscal, que apurou período de 2008 e utilizou-se deste ano para dar base à apuração de 2007.

3.20.3. conforme documentos anexados, que sejam observados os abatimentos legais referentes aos prejuízos, não apropriação do capital face a inadimplência, não inclusão do valor de outras contribuições, ICMS, e IPI na base de cálculo, e que notas fiscais não são fatos geradores, nem tão pouco traduzem o conceito de receita.

3.20.4. seja deferida a conversão em diligência do processo administrativo.

3.21. Protesta por todos os meios de prova, principalmente a contábil e apresentação de documentos não observados pelo Autuante, ou que por superveniência só poderão ser apresentadas no decorrer do processo.

3.22. Finalmente, requer que seja declarada a improcedência total, ou parcial do Auto de Infração, com abatimento dos valores de ICMS, IPI e de constituição e aquisição das máquinas, bem como empréstimos, por obrigação legal e comando descrito no artigo 3º do CTN, vez que os valores apurados como receita não contemplam os abatimentos legais que não são a definição de receita bruta, ou até mesmo o conceito genérico de receita.

DA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE COFINS

Dos Fatos

3.23. Apresenta um breve relato dos fatos bem como de suas razões de impugnação.

3.24. Afirma que a Fiscalização, sem observar o princípio da legalidade e as definições jurídicas que definem “o PIS” (sic), apurou valores fictos a partir das informações contidas nas notas fiscais e erros materiais do contador da empresa.

3.25. Destaca que a primeira NF faturada da empresa, de nº 000001, até a data de 10 de janeiro de 2011, ainda não foi paga, como consta nos fechamentos de notas faturadas e não recebidas no ano de 2006.

3.26. Ressalta que através de planilhas anexas, a Impugnante demonstra os valores na cifra de R\$ 947.165,71 (novecentos e quarenta e sete mil, cento e sessenta e cinco reais e setenta e um centavos), sem atualização, que não foram recebidos, ou seja, receitas brutas/ faturamentos que nunca entraram no caixa da empresa, face a inadimplência dos seus clientes, e por imperícia do contador deixaram de ser contabilizados como prejuízo conforme determinação legal.

3.27. Aduz que também existem os valores agregados de beneficiamentos, mão-de-obra (assalariada) e labor dos próprios sócios, insumos, ICMS, etc.

3.28. Alega que os valores não recebidos pela empresa deveriam ter sido abstraídos da apuração fiscal, pois não houve a hipótese de incidência tributária, vez que definir renda ou lucro apenas com base em notas fiscais é subverter a lei e, conseqüentemente, praticar ato administrativo nulo ou anulável (autuação nula).

3.29. Assevera que a Impugnante não presta serviços, mas apenas exporta e importa frutos, operação com benefícios legais e incentivos fiscais, com benefícios da alíquota zero, prevista nos artigos 18 e 59 do Decreto 4.524/02.

Do Direito

Preliminar de Nulidade

3.30. Argumenta que conforme o MPF e o Termo de Constatação e Intimação nº 0001, o Auditor Fiscal era mandatário para apuração nos períodos de 2006 e 2007; contudo,

extrapolou da sua competência, ao ter realizado trabalho e apuração no ano de 2008. Transcreve trecho do Relatório de Encerramento da Ação Fiscal.

3.31. Discorre sobre o ato administrativo fiscal e conclui que, de acordo com a jurisprudência dominante, a autuação do ano de 2007 é nula, por ter sido praticada com desvio de finalidade.

3.32. Afirma que a empresa apurou prejuízo nos períodos de 2006 e 2007, tendo o seu patrimônio desfalcado pelo crédito negativo de seus negócios e teve de se valer de alguma fonte de recursos para suportá-lo, inclusive de empréstimo e indenização trabalhista.

3.33. Alega que a autuação deixou de observar prejuízos, deduzir despesas e custos apurados nos anos da fiscalização, ou seja, arbitrou valores, apurando tributo devido sobre elementos que não traduzem receita bruta com seus abatimentos determinados por lei. Tal situação representa confisco do patrimônio da empresa.

3.34. Cita renomado jurista, o artigo 110 do CTN, e assevera que o Fisco, ao apurar uma incidência tributária (IR ou Contribuição Social), não deve alterar as definições e alcance de lucro e renda, sob pena de infringir o citado artigo 110 do CTN.

3.35. Prossegue discorrendo sobre as mutações patrimoniais das empresas e a apuração de lucro, às fls. 97/100, e sustenta que se há prejuízo num exercício, não pode haver imposto a pagar.

3.36. Enfatiza também que se há excesso de prejuízo, deve-se permitir a sua compensação nos exercícios subsequentes, para que só incida a tributação sobre resultados efetivos, quando estes voltarem a ser positivos.

3.37. Destaca que é direito do Contribuinte, contido no art. 5º, inciso XXXVI da C.F., a compensação dos prejuízos, sob pena de confisco, e assevera que em nenhum momento se observou as determinações legais que regem o enquadramento do “PIS” (sic) tendo como opção a apuração pelo Lucro Real, face à falta ilegal de deduções conferidas por lei.

3.38. Conclui que por obrigação legal, e de acordo com o artigo 3º do CTN, deveriam ter sido deduzidos dos valores apurados como receita bruta os abatimentos legais de ICMS, IPI, vendas não recebidas, que não são a definição de receita bruta, ou até mesmo o conceito genérico de receita.

Da Tipicidade Tributária – Falta do Enquadramento no Auto de Infração

3.39. Afirma que no demonstrativo de apuração não existe a tipificação da fundamentação legal do tributo cobrado, mas apenas a legislação que impõe a multa, juros e atualização.

3.40. Sienta que o Autuante deveria descrever no demonstrativo de apuração qual o artigo da lei se baseou para apurar o tributo, configurando-se assim a falta de tipicidade tributária, ensejando nulidade de todo o AI.

3.41. Reitera que os atos administrativos fiscais são plenamente vinculados, e conclui que ocorreu cerceamento da defesa, devendo ser decretada a nulidade do auto.

Do Pedido

3.42. Diante do exposto, requer que:

3.42.1. seja declarada a nulidade do Auto de Infração por não obedecer o princípio da legalidade.

3.42.2. seja declarada a nulidade referente ao ano de 2007, caso não entenda ser totalmente nulo o AI, vez que o Sr. Auditor extrapolou seus poderes contido no mandado fiscal que apurou período de 2008 e utilizou-se deste ano para dar base à apuração de 2007.

3.42.3. conforme documentos anexados, que sejam observados os abatimentos legais referentes aos prejuízos, não apropriação do capital face a inadimplência, não inclusão

do valor de outras contribuições, ICMS, e IPI na base de cálculo, e que notas fiscais não são fatos geradores, nem tão pouco traduzem o conceito de receita.

3.42.4. seja deferida a conversão em diligência do processo administrativo.

3.43. Protesta por todos os meios de prova, principalmente a contábil e apresentação de documentos não observados pelo Autuante, ou que por superveniência só poderão ser apresentadas no decorrer do processo.

3.44. Finalmente, requer que seja declarada a improcedência total, ou parcial do Auto de Infração, com abatimento dos valores de ICMS, IPI e de constituição e aquisição das máquinas, bem como empréstimos, por obrigação legal e comando descrito no artigo 3º do CTN, vez que os valores apurados como receita não contemplam os abatimentos legais que não são a definição de receita bruta, ou até mesmo o conceito genérico de receita.

DOS FATOS DO PROCESSO

4. Posteriormente, em atendimento à intimação de fl. 454, foi apresentado o documento de identificação do procurador (fls. 464/467).

É o relatório.

Continuamente, houve decisão pela 14ª Turma da DRJ/SPO julgando improcedente a impugnação pela Recorrente, assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

AUTOS DE INFRAÇÃO (AI). FORMALIDADES LEGAIS. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À HIPÓTESE NORMATIVA.

Os Autos de Infração (AI's) encontram-se revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, apresentando, assim, adequada motivação jurídica e fática, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigidos nos termos da Lei.

Constatado que os fatos descritos se amoldam à norma legal indicada, deve o Fisco proceder ao lançamento, eis que esta é atividade vinculada e obrigatória.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento de defesa quando os Autos de Infração (AI) e seus anexos integrantes são regularmente cientificados ao sujeito passivo, sendo-lhe concedido prazo para sua manifestação, e quando estejam discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam a autuação, tendo sido observados todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Tendo o Auditor Fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos moldes da legislação de regência, não há que se falar em nulidade da autuação.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO (MPFF). PRORROGAÇÃO.

O Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) é a ordem específica dirigida ao auditor-fiscal para que, no uso de suas atribuições privativas, instaure o procedimento fiscal de fiscalização, relativo aos tributos administrados pela RFB.

TRIBUTAÇÃO. DETERMINAÇÃO LEGAL. ARGÜIÇÃO DE CONFISCO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa a apuração e lançamento dos créditos tributários, nos moldes da legislação que a instituiu.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação, ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário.

PRODUÇÃO DE PROVAS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS A apresentação de provas, inclusive provas documentais, no contencioso administrativo, deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas.

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento da impugnante, preenchidos os requisitos previstos na legislação, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007 FALTA / INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento de PIS torna indispensável o lançamento de ofício, a fim de constituir o crédito tributário devido.

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

O § 2º do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe que o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição para o PIS/PASEP.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007

FALTA / INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO.

O § 2º do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe que o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da COFINS.

Intimada, a Recorrente interpôs recurso voluntário insistindo, em resumo, com a tese lançada anteriormente, mas inovando em alguns pontos. A peça abarca os seguintes argumentos:

- a) Nulidade do lançamento por desvio de finalidade, aqui a Recorrente alega que o agente fiscal ao fiscalizar os períodos de 2006 a 2008, extrapolou a sua competência já que o MPF contemplava, apenas, o tempo de 04/2006 a 12/2007;
- b) Nulidade do lançamento sem observar as formalidades, em suma, a Recorrente reitera os fundamentos acima;
- c) Do Pis e Cofins – apuração do lucro real-arbitramento, defende, neste item, que adotou no ano de 2007 o regime do lucro real e que a fiscalização não teria deduzido da base de cálculos das contribuições os custos e despesas;

d) Ratifica os demais fundamentos em impugnação, sendo eles: (i) o não recebimento de valores constantes nas notas fiscais de saída, (ii) inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada; (iii) retroatividade da lei para redução da multa ao patamar de 20%; e, (iv) que a alíquota aplicável para as contribuições é zero, segundo a Lei nº 10.865/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

O recurso se mostra tempestivo devendo, pois, ser conhecido.

A matéria de fundo trazida pela Recorrente no presente expediente recursal esbarra com aquela produzida na manifestação de inconformidade, visto que gira em torno dos limites impostos pela MPF em relação ao período a ser fiscalizado junto a empresa, bem como inobservância das normas legais que tratam das deduções de custos e despesas incorridas pela contribuinte na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Fácil constatar, ainda, que a Recorrente não traz evidências para confirmação dos argumentos atinentes a base de cálculo, a exemplo de provas e relatório de conciliação contábil.

No caso em tela, houve lançamento para a exigência de PIS e da COFINS para os meses de 04, 05, 08, 09 e 10/2007, decorrentes de venda de serviços, em razão de divergências de informações declaradas pela Recorrente em DCTF e DIPJ. Para tanto foram examinados os seus registros fiscais e contábeis relativos aos exercícios de 2007 (ano-calendário 2006) e 2008 (ano-calendário 2007).

Instada a esclarecer as divergências apontadas, a Recorrente assim se manifesta:

Venho através desta informar-lhes que a responsabilidade do período fiscalizado era de outros contadores, sendo que a divergência de valores entre o Livro Registro de Apuração de Icms e de DMAs é resultante das exportações. As mesmas estão sendo retificadas.

Posteriormente atravessa petição sob os seguintes termos:

REF. SOLICITAÇÃO DE ALONGAMENTO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO

SENHOR AUDITOR.

A Empresa denominada **COMERCIO SO FRUTAS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**, com endereço para localização sito na Rua Almir Klynk, s/n – galpão – Dom Tomaz – Juazeiro/Bahia – CEP.: 48907.202, usuário do CNPJ (M/F) nº 07.975.566/0001-88, vem através do seu procurador Bel JOSEMÁRIO FERREIRA DOS SANTOS – CPF.: 359.573.795-49 – CRC/BA 022453, e, reportando-se ao Termo de Intimação Fiscal do RPF/MPF nº 0510200/00294/2010, vem respeitosamente SOLICITAR esta unidade, se digne em conceder alongamento do prazo de igual modo, vinte (20) dias, para conclusão dos lançamentos e retificações devidas e solicitadas na intimação, visto que se trata de empresa de frutas com volume de comercialização com exportação, porém escriturado de forma equivocada pelo antigo colega que fazia a contabilidade. A escrituração foi feita pelo regime de lucro presumido, quando na realidade seria lucro real.

A Recorrente ratifica a constatação pelo fiscal quanto ao erro no regime de apuração, mas não comprova as retificações nas declarações ou, ainda, no Livro LALUR, tampouco indica quais bens e serviços incorridos estariam fora do escopo de incidência do PIS e da COFINS.

De tal modo, que alega a ‘desconsideração’ pela fiscalização de prejuízo fiscal suportado, sem demonstrar, contabilmente, tal fato. Reproduz-se o fundamento:

A receita bruta poderia ser apurada mensalmente, ou por períodos menores, ao seu livre arbítrio, e a compensação dos abatimentos legais descritos na lei e acumulados até então, poderiam ficar sobrestados para um período qualquer futuro ou como no caso em epígrafe sem computar qualquer prejuízo, face a falta de pagamento como o caso em epígrafe, ou seja, das vendas em que a empresa não recebeu qualquer valor, conforme planilhas anexas. Não se confunde receita bruta como fato gerador com emissão de nota fiscal, apuração de ICMS, ou IPI, estes casos não estão previstos como fatos geradores da exação. Ou seja, não se configuram receita bruta na sua definição legal.

Seguiu a Recorrente a trazer afirmações em relação a custos e despesas não deduzidas, inclusive prejuízo experimentado com vendas efetuadas, mas não pagas, sem que, mais uma vez, trouxesse conciliações e provas a respeito.

Veja que o lançamento diz respeito ao PIS e COFINS não declarados e recolhidos nos meses de 04, 05, 08, 09 e 10/2007, das provas apresentadas pela Recorrente ao longo dos autos boa parte está atrelada a outros meses/períodos que não autuados. Faço também destaque para a planilha elaborada pela própria Recorrente de fl. 214, ali há indicação de valores não recebidos no período sob exame, entretanto, a Recorrente não faz prova das ilações (com contratos, registros fiscais e contábeis, e correspondente conciliação).

Nota-se também, que a Recorrente pleiteou a conversão do julgamento em diligência nas duas esferas recursais, com o fito de produzir provas, mas, sem observar os requisitos necessários, a saber:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[omissis]

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Nesse sentido, repetidos os argumentos já trazidos em impugnação e ausentes novos fatos e elementos necessários para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS (contratos, registros fiscais e contábeis, e correspondente conciliação), irreparável a decisão recorrida que adoto como completo a minha motivação para resolver o presente litígio, com permissivo expresso no parágrafo 3º, do artigo 57 do RICARF:

DAS PRELIMINARES

Da Regularidade do Procedimento Fiscal

6.1. Em caráter preliminar, o Sujeito Passivo alega a nulidade dos Autos de Infração em relação ao ano-calendário 2007, visto que conforme o MPF e o Termo de Constatação e Intimação nº 0001, o Auditor Fiscal era mandatário para apuração nos períodos de 2006 e 2007; contudo, extrapolou da sua competência, ao ter fiscalizado e apurado tributo do ano de 2008.

6.2. No entanto, é improcedente tal alegação.

6.2.1. Vejamos o trecho do Relatório de Encerramento da Ação Fiscal, transcrito pela Impugnante:

Em 06.07.2010, foi lavrado o Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 001, onde ficou constatado que a opção pela tributação com base no lucro presumido no exercício de 2008, ano calendário de 2007, fora inadequada e ineficaz visto que não foi atendido os requisitos necessários a tal opção

6.2.2. No caso, a Fiscalização referiu-se à DIPJ do ano-calendário 2007, exercício 2008, e não à DIPJ do ano-calendário 2008:

CPF: 07.975.566/0001-88	LUCRO PRESUMIDO	AC - 2007	RF - 05	ND - 0423683	DV - 09
Exercício 2008					
DADOS DA EMPRESA NO SISTEMA CNPJ					
MALHA					
Evento	Data	Situação	Motivo		
Carga	02/08/2008	LIBERADA BATCH	ÚNICA DECLARAÇÃO AC 2007		
Malha Cadastro	18/09/2008				
DADOS DE ENVIO					
Data Recepção	19/05/2008	Hora Recepção	14:53:12	DRF de Entrega	05.1.02.09
Data Transmissão	19/05/2008	Hora Transmissão	14:55:21	Origem Envio	INTERNET
Número do Recibo	42.60.13.75.42-02	Identif. Trans.	RECEIARFET CONTRIBUINTE	Endereço IP	199.81.135.203
Número do Certificado	99.999.999.999-99				

6.2.3. Ou seja, todas as intimações fiscais e auditoria deram-se em perfeita conformidade com o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0510200.2010-00294-7, que incumbiu o Auditor Fiscal a comparecer à sua empresa, verificar a regularidade fiscal dos fatos geradores apontados, relativamente ao período indicado (anos-calendário 2006 e 2007):

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO Nº 05.1.02.00-2010-00294-7

CONTRIBUINTE/RESPONSÁVEL	
CPF/CNPJ: 07.975.566/0001-88	
NOME EMPRESARIAL/NOME: COMERCIO SO FRUTAS IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI	
ENDEREÇO: VILA JUCA VIANA, 21	
BAIRRO: PROJETO MANDACARU	
MUNICÍPIO: JUAZEIRO	
UF: BA	
CEP: 48.903-970	
PROCEDIMENTO FISCAL: FISCALIZAÇÃO	
TRIBUTOS/CONTRIBUIÇÕES:	PERÍODOS:
IRPJ	04/2006 a 12/2007
AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL	MATRÍCULAS SIPE/SIAPE
LEONARDO PEREIRA MOREIRA	01293911 / 1537879 SUPERVISÃO
LEONARDO PEREIRA MOREIRA	01293911 / 1537879
NIVA ALVES MENDES	00003162 / 0126044
ENCAMINHAMENTO	
Determino, nos termos da Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, a execução do procedimento fiscal definido pelo presente Mandado, que será realizado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil (AFRFB) acima identificado(s), que está(ão) autorizado(s) a praticar, isolada ou conjuntamente, todos os atos necessários a sua realização.	
Este Mandado deverá ser executado até 12 de Outubro de 2010. Este instrumento poderá ser prorrogado, a critério da autoridade outorgante, em especial na eventualidade de qualquer ato praticado pelo contribuinte/responsável que impeça ou dificulte o andamento deste procedimento fiscal, ou a sua conclusão.	
Feira de Santana, 14 de Junho de 2010.	
PROCEDIMENTO FISCAL ENCERRADO	
ARISTON MATOS ROCHA - Matrícula: 01293910 DELEGADO(A)-ADJUNTO(A) DRF FEIRA DE SANTANA	
Assinado eletronicamente conforme Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007	

TRIBUTOS/CONTRIBUIÇÕES INCLuíDOS:	PERÍODOS:
CSLL	04/2006 a 12/2007
PIS	04/2006 a 12/2007
COFINS	04/2006 a 12/2007
ENCAMINHAMENTO	
Fica, nos termos da Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007, alterado o Mandado de Procedimento Fiscal nº 05.1.02.00-2010-00294-7, conforme definido acima.	
Feira de Santana, 01 de Setembro de 2010.	
PROCEDIMENTO FISCAL ENCERRADO	
MANOEL LUIZ COUTINHO MACHADO - Matrícula: 00027188 DELEGADO(A)-ADJUNTO(A) DRF FEIRA DE SANTANA	
Assinado eletronicamente conforme Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007	
DEMONSTRATIVO DE PRORROGAÇÕES	
VALIDADE DE PRORROGAÇÃO DOS MPFs	
MPF prorrogado até: 11 de Dezembro de 2010.	
MPF prorrogado até: 09 de Fevereiro de 2011.	

6.2.4. Da análise dos anexos “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” (fls. 05/06, 14/15), “Demonstrativos de Apuração” (fls. 07, 16), e “Demonstrativos de Multa e Juros de Mora” (fls. 08/09, 17/18), e “Demonstrativo da Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e para a COFINS” (fl. 20), comprova-se que somente houve apuração de tributos para o ano-calendário 2007 - fatos geradores ocorridos em 2007.

6.3. Portanto, ao contrário do que alega a empresa, os procedimentos adotados seguiram a Portaria RFB nº 11.371/2007, vigente à época, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais, e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), não havendo que se falar em desvio de finalidade.

6.4. A Auditoria Fiscal nas empresas é procedimento administrativo onde, através do exame de livros, documentos e fatos, verifica-se a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, determina-se a matéria tributável, calcula-se o tributo devido e se identifica o sujeito passivo, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966:

*CTN Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o **procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.***

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (negritei)

6.5. Por outro lado, na forma do disposto no art. 6º, inc. I da Lei nº 10.593, de dezembro de 2002, na redação dada pela Lei nº 11.457 de 2007, e art. 2º do Decreto nº 6.641 de novembro de 2008, são atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, no exercício da sua competência, e em caráter privativo: (i) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (ii) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (iii) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil de 1916 e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal, bem como arts. 567 a 569 e arts. 570 e 571 do Código Civil de 2002.

6.6. Conforme descrito no Relatório de Encerramento da Ação Fiscal, de fls. 21 a 23, e nos anexos “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, trata o processo de constituição de créditos de PIS e COFINS, decorrente das seguintes infrações:

PIS

☐ Falta/Insuficiência de Recolhimento do PIS - Referente ao anocalendarário de 2007;

COFINS

☐ Falta/Insuficiência de Recolhimento do COFINS - Referente ao anocalendarário de 2007.

6.7. Assim, em relação aos Autos de Infração em tela, os atos administrativos neles consubstanciados possuem motivo legal, tendo sido praticados em conformidade ao legalmente estipulado, e estando os seus fundamentos legais discriminados no Relatório de Encerramento da Ação Fiscal, de fls. 21/23, e nos anexos “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, onde consta toda a legislação que embasa os lançamentos.

6.8. Possuem também motivo de fato, tendo havido, pela Fiscalização, a verificação concreta da situação fática para a qual a lei previu o cabimento do ato. O Relatório Fiscal e os anexos “Demonstrativos de Apuração”, “Demonstrativos de Multa e Juros de Mora” e “Demonstrativo da Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e para a COFINS” possibilitam a compreensão da origem das exigências lançadas, pois houve, no caso, a discriminação clara e precisa dos fatos geradores, dos tributos devidos, das infrações cometidas, acréscimos legais e período abrangido.

6.9. Em relação à nulidade:

6.9.1. A Administração, atendendo aos princípios da legalidade e da verdade material e, exercendo o controle do lançamento tributário, tem o dever-poder de reexaminar os seus atos, podendo anulá-los, se eivados de vício de legalidade ou revogá-los (por motivo de conveniência ou oportunidade), nos termos do art. 53 da Lei nº 9.784/99 que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

6.9.2. Por outro lado, o art. 59 do Decreto 70.235/72 e o art. 12 do Decreto nº 7.574/2011 – que regulam o Processo Administrativo Fiscal - assim dispõem:

Decreto nº 70.235/72

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Decreto nº 7.574/2011 Art.12. São nulos:

I – os atos e os termos lavrados por pessoa incompetente; e II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa.

6.9.3. Ainda que se considere que o disposto nos artigos transcritos não encerra relação *numerus clausus* de possibilidades de nulidade, somente poder-se-ia cogitar desta no caso de vício em um dos elementos estruturais dos atos administrativos atacados estivessem maculados, a

saber, além da competência do agente, a forma, o objeto, a finalidade ou o motivo do ato.

6.9.4. Observa-se que quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas em Auto de Infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio, nos termos do art. 60 do Decreto 70.235/72 e do art. 13 do Decreto nº 7.574/2011. No entanto, nenhuma das hipóteses aventadas foi constatada na análise do lançamento em epígrafe.

6.10. Portanto, não se verifica nulidade na exigência de que trata o processo nº 10530.724116/2010-83.

DO MÉRITO

6.11. Ultrapassadas as razões preliminares, melhor sorte não resta à Impugnante quanto às alegações de mérito.

Das Alegações de Inconstitucionalidade/ Violação de Princípios Constitucionais

6.12. Inicialmente, cumpre rebater as alegações da Impugnante, de que teria ocorrido aplicação de tributos com efeito de confisco.

6.13. Em relação ao princípio do não confisco, é evidente que a vedação constitucional em comento dirige-se ao legislador com o intuito de impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos ameaçadores à propriedade ou à renda tributada, mediante, por exemplo, a aplicação de alíquotas muito elevadas. Portanto, a observância desse princípio relaciona-se com o momento de criação do tributo, de modo que, vencida esta etapa, não configura confisco a simples aplicação da lei tributária.

6.14. Também deve ser salientado é que a vedação do confisco insere-se como cláusula integrante das limitações ao poder de tributar, ou seja, o art. 150, IV, da Constituição Federal, prescreve comando destinado ao legislador, para que este não crie tributo que supere as forças patrimoniais do contribuinte, subtraindo-lhe, indevidamente, os recursos de que necessita à sua manutenção.

6.15. Cumpre esclarecer, também, que alegações do Contribuinte, relativas à inconstitucionalidade/ilegalidade de dispositivos normativos, bem como de violação a princípios constitucionais, não são passíveis de apreciação por esta instância administrativa, devendo ser carreadas ao Poder Judiciário, que tem competência para a discussão de tais questões.

6.16. Ressalte-se que o artigo 59 do Decreto n.º 7.574, de 29/09/2011, e a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a seguir transcritos, segundo os quais não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Decreto n.º 7.574/2011

Art. 59. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (Decreto

no 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, art. 25).

(...)

Súmula nº 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

6.17. A autoridade tributária encontra-se cingida aos estritos termos da legislação fiscal, estando impedida de ultrapassar tais fronteiras para examinar questões outras, como as suscitadas nas impugnações em tela, uma vez que às autoridades tributárias cabe

apenas cumprir e aplicar a lei. Conforme o artigo 116, inciso III da Lei n.º 8.112, de 11/12/1990:

Art.116. São deveres do servidor:

(...)

III - observar as normas legais e regulamentares;

(...)

AUTO DE INFRAÇÃO DE PIS

Hipótese de Incidência e Base de Cálculo

6.18. Em linhas gerais, a Impugnante concentra sua defesa no argumento de que apurou prejuízos, na não comprovação do nexo de causalidade dos valores apurados com lucro, faturamento e receitas, na falta de consideração, pela Fiscalização, de erros materiais do contador e de notas fiscais faturadas e nunca recebidas.

6.19. Afirma, também, que a Impugnante não presta serviços, mas apenas exporta e importa frutos, operação com benefícios legais e incentivos fiscais, com benefícios da alíquota zero, prevista nos artigos 18 e 59 do Decreto 4.524/02.

6.20. No entanto, tais alegações são improcedentes.

6.21. Como visto, o procedimento de fiscalização foi motivado pela existência de divergências entre os valores declarados, pelo Contribuinte, ao fisco estadual, e os valores declarados através de suas DIPJ's e DCTF's. Além disso, a DIPJ e DCTF do ano-calendário de 2007 foram entregues "zeradas".

6.22. Vale frisar, novamente, que a Autoridade Fiscal concedeu prazo para o Contribuinte manifestar-se acerca das divergências identificadas no curso do procedimento de fiscalização, inclusive com prorrogações de prazo, consoante orienta a legislação de regência. Conforme intimação fiscal:

INTIMAMOS o contribuinte acima identificado a apresentar, de imediato, os elementos abaixo especificados:

- Justificativa, por escrito, das divergências existentes entre os valores registrados no Livro Registro de Apuração do ICMS e aqueles declarados em DMAs Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007;

- Na hipótese da existência de receitas de exportação de mercadorias para o exterior, apresentar as respectivas Notas Fiscais e documentos comprobatórios da operação de exportação de mercadorias para o exterior.

6.23. As respostas às intimações foram no seguinte sentido:

“(...) reportando-se ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 0510200.2010.00294-7, vem através da presente solicitar o prazo de 10 (dez)

dias, para a entrega dos demais documentos faltosos e organização da contabilidade, visto que efetuou a permuta do profissional, que antes era ANTONIO NIVALDO DE ALMEIDA - CRC/PE 7893, para o atual citado acima em epígrafe.

Na oportunidade, comunicamos que o profissional anterior não sabe como efetuar a elaboração do Sinco entre outros solicitados e por isso, é que precisamos de refazer a situação contábil da empresa(...)” (...)

(...)reportando-se ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 0510200.2010.00294-7, vem através da presente entregar os referidos livros e documentos solicitados, tempo em que solicita as devidas desculpas pelo atraso no cumprimento do prazo estabelecido. O devido atraso se deu em virtude da permuta do profissional da área contábil(...)

(...)

Venho através desta informar-lhes que a responsabilidade do período fiscalizado era de outros contadores, sendo que a divergência de valores entre o Livro Registro de Apuração de ICMS e de DMAs é resultante das exportações. As mesmas estão sendo retificadas(...)

6.24. De posse de todos os livros contábeis e fiscais e demais documentos apresentados - Livros Diário, LALUR e Razão, Livro de Registro de Apuração do ICMS e Livro de Registro de Prestação de Serviços, referentes ao período fiscalizado, o Auditor efetuou o confronto entre os valores ali registrados e os valores declarados nas respectivas DIPJ's e DCTF's apresentadas. Foram juntados elementos de prova às fls. 33/58, e 76/81.

6.25. Nesse contexto, tomando como referência as aludidas respostas da Fiscalizada, e todos os elementos apresentados, foi apurado o fato gerador **“Falta ou insuficiência de recolhimento do PIS”**, referente ao ano-calendário de 2007, caracterizado pela falta ou insuficiência de recolhimento de PIS incidente sobre receitas de vendas de serviço, apuradas conforme Demonstrativo de fl. 20, resultante do batimento entre as receitas contabilizadas nos Livros Diário e Razão, e as receitas de vendas declaradas no Livro de Registro de Registro de Prestação de Serviços.

6.25.1. No caso, foram analisadas todas as informações e os documentos colocados à disposição pela empresa, procedendo-se a uma análise cuidadosa, e conferindo-lhes a qualificação jurídica apropriada.

6.26. Deste modo, não prosperam as alegações de que *“a autuação deixou de observar prejuízos, deduzir despesas e custos apurados nos anos da fiscalização, ou seja, arbitrou valores, apurando tributo devido sobre elementos que não traduzem receita bruta com seus abatimentos determinados por lei”*, ou *“é direito do Contribuinte, contido no art. 5o, inciso XXXVI da C.F., a compensação dos prejuízos, ou ainda “de*

acordo com o artigo 3o do CTN, deveriam ter sido deduzidos dos valores apurados como receita bruta os abatimentos legais de ICMS, IPI, vendas não recebidas...”

6.27. Também não prospera a alegação de que a Impugnante não presta serviços, mas apenas exporta e importa frutos, operação com benefícios legais e incentivos fiscais, com benefícios da alíquota zero, prevista nos artigos 18 e 59 do Decreto 4.524/02.

6.28. Como já exposto, o Autuante agiu considerando fidedignas, como não poderia deixar de ser, as importâncias registradas no Livro de Registro de Prestação de Serviços, prestadas pela própria Contribuinte por força de lei.

6.29. Ressalte-se que as referidas informações contidas no Livro de Registro de Prestação de Serviços presumem-se verdadeiras, até que se prove ao contrário, e constituem provas documentais incontestes, que servem para fins de determinação da receita.

6.30. Observa-se ainda que a Fiscalização considerou somente as receitas de vendas de prestação de serviços para a apuração das bases de cálculo, visto que para a demais receitas, correspondentes à venda de frutas frescas (manga), a alíquota é zero conforme artigo 28, inciso III, da Lei nº 10865/2004. O demonstrativo de fl. 20 comprova este fato.

6.31. Além disso, o próprio Sujeito Passivo admitiu desacertos e falta de organização de sua contabilidade.

6.32. Cabe, pois, à Impugnante provar o contrário, com elementos objetivos. Entretanto, os documentos juntados na defesa às fls. 116/269 não são hábeis a alterar o feito fiscal.

6.32.1. Foram juntadas na defesa notas fiscais com um carimbo de “não incidência de ICMS”, acompanhadas de documentos relativos à exportação, mas a Impugnante não comprova que tais receitas tenham sido incluídas indevidamente nas bases de cálculo apuradas.

6.33. Ao contrário, do confronto entre o Livro de Registro de Serviços Prestados, fls. 33/45, e o Demonstrativo de fl. 20, bem como levando-se em conta que em 2007 a DIPJ e a DCTF estão zeradas, comprova-se o acerto das bases de cálculo apuradas.

6.34. Cabe ao Sujeito Passivo comprovar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da Fazenda. A este respeito, assim dispõem o artigo 333, inciso II, do antigo Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11/01/1973), e o artigo 373, inciso II, do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16/03/2015), a seguir transcritos:

Lei n.º 5.869/1973

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Lei n.º 13.105/2015 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

6.35. No tocante às “planilhas anexas” citadas pela Impugnante, que demonstrariam valores de R\$ 947.165,71 que não foram recebidos, ou seja, receitas brutas/ faturamentos que nunca entraram no caixa da empresa, **não foram localizadas nos autos.**

6.35.1. E as planilhas juntadas às fls. 364/365 não são hábeis, por si só, a alterar o feito fiscal.

6.36. Portanto, procede a autuação por vendas de serviços não declaradas e não tributadas, fato gerador da contribuição para o PIS

Fundamentação Legal do Auto de Infração

Inocorrência de Cerceamento de Defesa

6.37. No tocante ao enquadramento legal do Auto de Infração referente ao PIS, não se justifica o inconformismo da Defendente. Como já exposto, toda a fundamentação legal está apresentada no anexo “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” de fls. 05/06.

6.38. Quanto à apuração das contribuições lançadas, o Relatório de Encerramento da Ação Fiscal explica todo o procedimento, no qual a Fiscalização verificou receitas contabilizadas no Livro de Registro de Prestação de Serviços que não haviam sido oferecidas à tributação do PIS/COFINS.

6.39. Portanto, ao contrário do que afirma a Impugnante, a Fiscalização elaborou um conjunto de anexos demonstrativos e planilhas, o qual, combinado com a descrição dos fatos, mostra cabalmente a forma como foi apurado e calculado o crédito tributário do PIS, caracterizando plenamente todos os elementos do fato jurídico tributário, pelo que não se vislumbra qualquer prejuízo à Contribuinte para a perfeita inteligência acerca da matéria autuada.

6.40. Contrariamente ao apontado, e como já exposto, o Relatório de Encerramento da Ação Fiscal e os demonstrativos anexos mostram que a Autoridade Lançadora efetuou a descrição detalhada dos fatos geradores do PIS, contendo demonstrativos com informações e valores extraídos dos livros contábeis e fiscais fornecidos pelo próprio Autuado, além de apresentar as pertinentes normas legais infringidas.

PIS (Faturamento)

Falta/Insuficiência de Recolhimento do PIS:

Enquadramento legal arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70;

arts. 2º, inciso I, “a”, e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 do Decreto nº 4.524/02.

6.41. Ademais, o conteúdo da impugnação mostra que o Autuado teve compreensão exata das infrações a ele imputadas, o que lhe permitiu apresentar defesa com impugnação especificada dos fatos.

6.42. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

AUTO DE INFRAÇÃO DE COFINS

Hipótese de Incidência e Base de Cálculo 6.43. Na impugnação contra o Auto de Infração de COFINS o Contribuinte alega, do mesmo modo, que não houve prova de que os valores apurados sejam correspondentes a lucro, faturamento e receitas, e que a Fiscalização não levou em conta erros materiais do contador, e a existência de notas fiscais faturadas e nunca recebidas.

6.44. Entretanto, não merecem prosperar as alegações da Defendente, como segue.

6.45. Como já exposto nos itens 6.21 a 6.24, a Fiscalização efetuou o cotejo entre os valores registrados nos livros contábeis e fiscais e demais documentos apresentados, quais sejam, Livros Diário, LALUR e Razão, Livro de Registro de Apuração do ICMS e Livro de Registro de Prestação de Serviços, referentes ao período fiscalizado, e os valores declarados nas respectivas DIPJ's e DCTF's apresentadas, ressaltando-se que a DIPJ e DCTF do ano-calendário de 2007 foram entregues "zeradas".

6.46. Com o resultado deste cotejo, e com as respostas da empresa às intimações fiscais, foi apurado o fato gerador "Falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS", referente ao ano-calendário de 2007, caracterizado pela falta ou insuficiência de recolhimento de COFINS incidente sobre receitas de vendas de serviço, apuradas conforme Demonstrativo de fl. 20, resultante do batimento entre as receitas contabilizadas nos Livros Diário e Razão, e as receitas de vendas declaradas no Livro de Registro de Prestação de Serviços.

6.47. Deste modo, não prosperam as alegações de que *"a autuação deixou de observar prejuízos, deduzir despesas e custos apurados nos anos da fiscalização, ou seja, arbitrou valores, apurando tributo devido sobre elementos que não traduzem receita bruta com seus abatimentos determinados por lei"*, ou *"é direito do Contribuinte, contido no art. 5º, inciso XXXVI da C.F., a compensação dos prejuízos, ou ainda "de acordo com o artigo 3º do CTN, deveriam ter sido deduzidos dos valores apurados como receita bruta os abatimentos legais de ICMS, IPI, vendas não recebidas..."*.

6.48. E ao contrário do que afirma a Impugnante, não integraram as bases de cálculo apuradas as receitas com exportação e importação de frutos, operação com benefício da alíquota zero, prevista nos artigos 18 e 59 do Decreto 4.524/02.

6.49. O que se verifica nos autos é a efetiva realização de vendas de prestação de serviços e, portanto, o auferimento de receitas não

oferecidas à tributação, as quais estão lastreadas no de Registro de Prestação de Serviços emitido pelo próprio Contribuinte.

6.50. Ressalte-se novamente que as informações contidas no aludido Livro presumem-se verdadeiras, até que se prove ao contrário, e constituem provas documentais incontestas.

6.51. Como já observado, foram juntadas, na defesa, notas fiscais com carimbo de “não incidência de ICMS”, acompanhadas de documentos referentes à exportação, mas não houve prova de que tenham sido incluídas indevidamente nas bases de cálculo apuradas.

6.52. Como visto, do cotejo entre o Livro de Registro de Serviços Prestados, fls. 33/45, e o Demonstrativo de fl. 20, bem como levando-se em conta que em 2007 a DIPJ e a DCTF estão zeradas, comprova-se que não merece reparo o procedimento fiscal.

6.53. No tocante às “planilhas anexas” citadas pela Impugnante, que demonstrariam valores de R\$ 947.165,71 que não foram recebidos, ou seja, receitas brutas/ faturamentos que nunca entraram no caixa da empresa, **não foram localizadas nos autos.**

6.53.1. E as planilhas juntadas às fls. 187/188 não são hábeis, por si só, a alterar o feito fiscal.

6.54. A teor do já exposto, ao Sujeito Passivo cabe a comprovação dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da Fazenda.

6.55. Portanto, procede a autuação por vendas de serviços não declaradas e não tributadas, fato gerador da COFINS.

Fundamentação Legal

Inocorrência de Cerceamento de Defesa

6.56. No tocante ao enquadramento legal do Auto de Infração referente à COFINS, não se justifica o inconformismo da Defendente. Como já exposto, toda a fundamentação legal está apresentada no anexo “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” de fls. 14/15.

6.57. Quanto à apuração das contribuições lançadas, o Relatório de Encerramento da Ação Fiscal explica minuciosamente o procedimento, como já exposto no item 6.38.

6.58. Ou seja, a forma como foi apurado e calculado o crédito tributário de COFINS foi cristalinamente demonstrada pela Fiscalização, caracterizando plenamente todos os elementos do fato jurídico tributário, não havendo que se falar em qualquer prejuízo ao entendimento do Contribuinte:

COFINS Falta/Insuficiência de Recolhimento da COFINS:

Enquadramento legal arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 do Decreto nº 4.524/02.

6.59. Assim, verifica-se nos autos exatamente o contrário do que foi alegado pela Impugnante, tendo em vista que todos os procedimentos adotados pela Fiscalização foram feitos de acordo com a legislação

vigente, e possibilitaram que o Contribuinte exercesse, plenamente, o seu direito de defesa.

6.60. Deste modo, não há que se falar em cerceamento de defesa no presente caso, uma vez que: (i) os procedimentos fiscais, realizados junto à Impugnante, seguiram rigorosamente a legislação em vigor; (ii) o Contribuinte teve ciência das autuações, efetuadas de modo que houvesse pleno conhecimento dos fundamentos de fato e de direito que as motivaram; (iii) a Autuada manifestou-se com a apresentação de impugnação.

Da Doutrina Colacionada na Impugnação

6.61. Relativamente às doutrinas mencionadas, cabe esclarecer que mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

Dos Pedidos

7. Tendo sido satisfeitos os requisitos de admissibilidade, as impugnações devem ser recebidas. Contudo, não devem ser atendidos seus pedidos de nulidade, e de improcedência, total ou parcial, conforme exposto anteriormente.

7.1 Como demonstrado, os Autos de Infração encontram-se revestidos das formalidades legais, gozando de liquidez e certeza, e estando de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, tendo sido formulado de modo que a Autuada tivesse pleno conhecimento de seu conteúdo, para que pudesse exercer seu direito à ampla defesa, observados os princípios da motivação e da legalidade dos atos administrativos.

Produção de Provas

Pedidos de Diligência e Perícia. Indeferimento

7.2. Solicita a Autuada demonstrar o alegado pelos meios de prova admitidos, e a realização de diligência e perícia.

7.3. Com relação ao pedido de produção de provas, verifica-se que o momento adequado de produzi-las e solicitá-las (perícia, diligência e documentos), é o da apresentação da impugnação, do contrário, precluído estará o direito, ressalvadas as exceções legais, conforme estabelece o artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Decreto nº 70.235, de 1972

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”
(Grifou-se)

7.4. Registre-se que é justamente nesta fase do processo administrativo que o Interessado deve exercer o seu direito de ampla defesa, ocasião em que deve comprovar suas alegações.

7.5. Também cabe ressaltar que não foram constatadas, aqui, lacunas na matéria de fato, com dúvidas a serem esclarecidas, não se verificando a necessidade de obtenção de novas provas por meio de diligências e perícias, que se mostram prescindíveis no momento. Nos termos do artigo 18, *caput*, do Decreto nº 70.235/72:

Decreto nº 70.235, de 1972

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

No que tange o fundamento da Recorrente disposto no título da peça recursal “*Ratifica os demais fundamentos em impugnação*”, entendo que não deve ser conhecido, porquanto inovadores.

Em nenhum momento a Recorrente argumentou na impugnação a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada, a retroatividade da lei para redução da multa ao patamar de 20%, e que a alíquota aplicável para as contribuições é zero, segundo a Lei nº 10.865/2006.

De certo que o seu conhecimento ensejaria supressão de instância.

Ao todo o exposto, não conheço dos argumentos contidos no título “*Ratifica os demais fundamentos em impugnação*” e, na parte conhecida, nego provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa.