



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

Processo n° 10935.006242/2008-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-002.831 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de fevereiro de 2016
Matéria Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Recorrente Badotti Alimentos Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/11/2007

PIS e COFINS. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Verificada a falta de entrega de declarações em DCTF e a falta de recolhimento da COFINS, é cabível o lançamento de ofício das diferenças apuradas em procedimento fiscal, com base nas informações apuradas a partir dos livros "Registro de Entradas", "Registro de Saídas" e "Registro de Apuração do ICMS".

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA APRESENTADA NO RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. A função do recurso no âmbito administrativo é a revisão da decisão da DRJ. Segundo o artigo 17, do Decreto nº 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela Recorrente. Não se deve conhecer do recurso quando a matéria nele trazida não foi objeto de impugnação, sob pena de ferir-se o princípio do duplo grau de jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, José Henrique Mauri, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Paulo Roberto Duarte Moreira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 3ª Turma da DRJ de Curitiba, que, por unanimidade de votos, julgou procedente o lançamento de PIS e COFINS, conforme o Acórdão nº 06-28120, assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/11/2007

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

São improcedentes as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

FALTA DE DECLARAÇÃO/PAGAMENTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Constatado que a interessada não promoveu a entrega de declarações ao fisco, nem tampouco efetuou o recolhimento dos tributos devidos, é procedente o lançamento de ofício do PIS e da Cofins, com base nos valores apurados a partir dos livros "Registro de Entradas", "Registro de Saídas" e "Registro de Apuração do ICMS, uma vez que não disponibilizados outros elementos da documentação contábil/fiscal.

PROVA DOCUMENTAL. APRESENTAÇÃO.

A apresentação de prova documental deve ser feita durante a fase de impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento serão acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Selic para títulos federais; nos termos da legislação.

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

Em decorrência de procedimento fiscal, no qual se constatou a falta/insuficiência de recolhimentos da Cofins, em razão de divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, foi lavrado o auto de infração de fls. 25/36, em que é exigido R\$ 1.019.540,99 a título de Cofins (código de receita 2960), além da multa de ofício de 75% e dos encargos legais, relativamente aos períodos de apuração janeiro/2007 a novembro/2007; instruem o referido auto o Termo de Verificação Fiscal de fls. 25/26, a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 29/30, o Demonstrativo de Apuração de fls. 31/32 e o Demonstrativo de Multa e Juros de Mora de fls. 33/34; os fundamentos legais da autuação encontram-se à fl. 30 (principal) e fl. 34 (multa de ofício e juros de mora).

Cientificada em 02/09/2008 (fl. 28), a interessada apresentou, em 02/10/2008, a impugnação de fls. 38/44, firmada por procurador (mandato de fl. 45), a seguir sintetizada.

Sustenta ser insubsistente o auto de infração, dizendo que o procedimento adotado para se chegar ao valor do crédito fiscal estaria equivocado, posto que "a conduta da *autoridade fiscal partiu de premissa falsa, vale dizer, da apuração dos valores como se tivesse ocorrido arbitramento.*" (fl. 40); diz, também, que o fisco teria deixado de considerar a existência de crédito a seu favor, decorrente de operações registradas nos livros que foram analisados pela autoridade fiscal; fala que tais fatos já seriam suficientes para que se considerasse nulo o processo administrativo, eis que seria insubsistente o crédito fiscal exigido.

Alega, ainda, que o fisco não teria considerado a ocorrência de vendas canceladas, já que a análise da base de incidência partiu apenas dos registros de saída de mercadorias, o que, uma vez mais, seria causa de nulidade do procedimento administrativo, ou, ao menos, acarretaria reflexo direto sobre a base de incidência tributária; acrescenta que para a comprovação do que afirma, haveria necessidade da realização de minuciosa apuração em seus documentos a fim de se fazer uma "*verdadeira revisão de sua escrita contábil*"; argumenta que demonstrará que não subsiste "*o lançamento dos valores incidentes sobre os registros enumerados pela autoridade fiscal*", destacando que tem o direito de apresentar documentos a qualquer momento no curso do presente processo, valendo-se da doutrina para corroborar seu entendimento; argumenta que mesmo que se entenda pela impossibilidade de serem produzidas novas provas, os elementos que já constam dos autos seriam suficientes para a conclusão de ser insubsistente o lançamento, conforme o que antes explanou.

Na sequência, contesta a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, dizendo que tal procedimento traria de forma conjunta tanto a incidência de correção monetária como também dos juros de mora, além de não se mostrar aplicável às obrigações tributárias; cita, a propósito, jurisprudência do STJ.

Por fim, em face do alegado, requer inicialmente a concessão de prazo para a juntada de documentação apta a comprovar suas alegações, nos termos do art. 16, § 4º, "a" do (sic) Decreto-Lei nº 70.235, de 1972; requer, também, que seja julgado insubsistente o auto de infração em debate, ou que, alternativamente, depois da produção das provas pleiteadas, que seja reduzida a base de cálculo sobre a qual foi calculada a Cofins; pede, ainda, o afastamento da aplicação da taxa Selic.

Conforme o despacho Safis/DRF/Cascavel de fl. 52, emitido em atendimento ao despacho Secoj/DRJ/Curitiba de fl. 50, consta que aos presentes autos foi promovida a juntada por anexação do processo administrativo fiscal nº 10935.006240/2008-96, o qual por sua vez diz respeito a um auto de infração de PIS, emitido em função dos mesmos fatos que levaram à autuação da Cofins (fls. 25/36).

Assim, em face da falta/insuficiência de recolhimentos do PIS, apurada a partir de divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, foi lavrado o auto de infração de fls. 77/88, em que se exige R\$ 220.900,54 a título de PIS (código de receita 2986), além da multa de ofício de 75% e dos encargos legais, relativamente aos períodos de apuração janeiro/2007 a novembro/2007; instruem o referido auto o Termo de Verificação Fiscal de fls. 77/78, a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 81/82, o Demonstrativo de Apuração de fls. 83/84 e o Demonstrativo de Multa e Juros de Mora de fls. 85/86; os fundamentos legais da autuação encontram-se à fl. 82 (principal) e fl. 86 (multa de ofício e juros de mora).

Cientificada da decisão da DRJ em 14/09/2010 (conf. AR de e-fls. 119), o contribuinte apresentou, em 08/10/2010, o recurso voluntário de e-fls. 120/123, oportunidade na qual alega que:

- houve arbitramento com a consequente aplicação do sistema de tributação cumulativo, com alíquota de 3% e 0,65% para COFINS e PIS, respectivamente;
- o arbitramento seria uma opção do contribuinte, o que impossibilitaria sua aplicação *ex officio*;
- a receita bruta/faturamento da recorrente decorre da venda de produtos de sua fabricação, em cujo valor se inclui o ICMS. E que o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e,
- a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS está em julgamento no STF (RE 240.785-2/MG). Desse modo, enquanto não definitivamente julgado o RE pelo STF, restaria inaplicável o contido no artigo 3º, §2º, inciso I, da Lei 9.718/98.

Diante do que expõe, requer a reforma da decisão recorrida.

Em 15/10/2008, foi apensado o processo 10935.006240/2008-96, referente à diferença de PIS.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos legais de interposição, dele, portanto, tomo conhecimento.

Preliminarmente, não vislumbro qualquer nulidade do auto de infração, por não observar qualquer violação às prescrições dos artigos 142 do CTN, 10 e 59 do Decreto n. 70.235/1972.

A reforma do julgado, em suas questões de mérito, passo a analisar a seguir.

Legitimidade das diferenças apuradas de PIS e COFINS

No Termo de Início de Fiscalização (e-fls. 6), o contribuinte foi intimado a apresentar os seguintes documentos:

- 1 - Livro Registro de Entradas
- 2 - Livro Registro de Saídas
- 3 - Livro Registro de Apuração do ICMS
- 4 - Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR)
- 5 - Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências
- 6 - Livros auxiliares da escrituração
- 7 - Contrato /Estatuto Social e suas alterações
- 8 - Extratos bancários das contas correntes empresa
- 9 - Livro Razão e Diário
- 10 - Registro de Inventário

Apresentou apenas os livros de "Registro de Entrada", "Registro de Saídas" e "Registro de Apuração do ICMS" (e-fls. 11/22), bem como solicitou o prazo adicional de 30 (trinta) dias para a entrega dos demais documentos solicitados pelo fisco.

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 26):

Em auditoria fiscal para verificar o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte da investigada constatamos que os valores registrados em seus livros fiscais, (Fls. 09 a 21), não estavam declarados à Receita Federal. A Fiscalizada vem sistematicamente deixando de apresentar as suas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais à Receita Federal e conseqüentemente deixando de efetuar os recolhimentos das referidas contribuições (Fls. 06).

Observa-se que, não houve a entrega de DIPJ e DCTF, não foram os valores registrados nos livros fiscais informados à Secretaria da Receita Federal do Brasil e, tampouco, foi efetuado recolhimento de PIS e de Cofins, relativamente aos períodos autuados.

Por conseguinte, a Delegacia da Receita Federal de Cascavel construiu os demonstrativos "Vendas por Ano Mês a Mês" (e-fl. 23), "Devoluções de Vendas por Ano Mês a Mês" (e-fl. 24) e "Vendas Líquidas por Ano Mês a Mês" (e-fl. 25). E o fez com base nos elementos apresentados pelo próprio contribuinte: "Registro de Entrada", "Registro de Saídas" e "Registro de Apuração do ICMS".

Ressalte-se que, acertadamente, foram utilizados pela Fiscalização os valores "Vendas Líquidas por Ano Mês a Mês" para apuração das bases de cálculo do PIS e da Cofins, atendendo ao disposto no artigo 3º, § 2º, I da Lei 9.718/1998.

Dessa forma, não há como sustentar que houve arbitramento *ex officio*, conforme bem observou a DRJ, já que a cobrança das diferenças de PIS e COFINS foi feita com base na documentação que fora disponibilizada ao fisco pelo próprio contribuinte, não tendo sido aplicadas, portanto, as prescrições do artigo 47 da Lei nº 8.981/1995 e artigo 530 do Decreto nº 3000/1999.

A apuração do PIS e da COFINS se reveste na forma cumulativa, aplicando-se as alíquotas de 3% e 0,65%, respectivamente, não em decorrência de arbitramento, mas sim diante da ausência de entrega de declarações DCTF e DIPJ, dos livros "Diário" e "Razão", do LALUR e, ainda, de quaisquer comprovantes de créditos relacionados à atividade do contribuinte.

Ressalte-se que não foram acostados outros documentos, nem mesmo em sede de recurso voluntário.

Em suma, é correta a lavratura do Auto de Infração, para constituição do crédito tributário de PIS e COFINS, composto do principal e dos respectivos acréscimos legais e penalidades, referente ao período de janeiro a novembro de 2007, com base nos valores apurados a partir dos livros "Registro de Entradas", "Registro de Saídas" e "Registro de Apuração do ICMS, uma vez que não disponibilizados outros elementos da documentação contábil/fiscal e declarações.

Exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições

Trata-se de pedido inédito no curso do presente processo, pois não fora suscitado na impugnação de e-fls.39/49 e, porquanto, não foi objeto de apreciação da primeira instância de julgamento.

O Decreto nº 70.235/1972, que regula o Procedimento Administrativo Fiscal, dispõe sobre a instauração da fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, *verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

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;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

(...)

§ 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; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997);

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997);

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

(...)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Por isso, não tendo sido apontada a temática da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições na impugnação, não é possível em sede de recurso voluntário conhecê-la. Operou-se a preclusão.

Conclusão

Do exposto, voto por não conhecer da matéria preclusa relativa à discussão sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 23 de fevereiro de 2016.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora