



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10950.003229/2005-33
Recurso nº 103-151.294 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-00478 – 1ª Turma
Sessão de 7 de dezembro de 2009
Matéria COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ÉVORA COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

Ementa: RECURSO ESPECIAL – LANÇAMENTO CONEXO – Aplica-se o decidido no matriz ao lançamento conexo, no que couber.

Recurso Especial Provido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, Por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso e restabelecer a tributação em face do decidido no processo IRPJ.

ANTONIO PRAGA- Relator e Presidente Substituto

EDITADO EM: 15/01/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Freitas Barreto (presidente da turma), Susy Gomes Hoffman (vice-presidente), Antonio Praga, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Adriana Gomes Rêgo, Karem Jureidini Dias, Leonardo de Andrade Couto, Antonio Carlos Guidoni Filho, Albertina Santos Silva Lima, Valmir Sandri, Marcos Rodrigues de Mello (substituto convocado) e Irineu Bianchi (substituto convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado com fundamento no artigo 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Portaria nº 147/2007), vigente à época.

Na sessão plenária de 23/05/2007, a Terceira Câmara do 1CC julgou o Recurso Voluntário nº 154904, e decidiu: “por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que o proviam parcialmente para excluir da tributação apenas as vendas correspondentes a “outras saídas”, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado”.

A decisão foi formalizada mediante acórdão No. 103-23030, que traz a seguinte ementa:

“RECEITA OMITIDA. APURAÇÃO COM BASE NOS LIVROS DE ICMS. Conquanto possível a determinação da receita com base nas informações colhidas através do Livro de Apuração do ICMS, há de se considerar que nem todas as saídas de mercadorias tributadas pelo imposto estadual correspondem a operações que gerem receita componente da base de cálculo da COFINS, improcedendo o lançamento quando comprovado que a base de cálculo eleita compreende valores não sujeitos à tributação..

O Procurador da Fazenda Nacional (PFN) em seu recurso, pleiteou, basicamente, seja aplicada a mesma decisão do processo principal, relativo ao IRPJ e CSLL: Processo 10950.003228/2005-99, recurso 151.294.

Cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões, fls.409-413, propugnando pela manutenção integral da decisão recorrida.

É o relatório no essencial.



Voto

Conselheiro Antonio Praga,

Conforme relatado, o presente processo é conexo daquele de nº 10950.003228/2005-99, recurso 151.294, que também foi objeto de recurso à CSRF pela Fazenda Nacional, julgado na sessão de 11/05/2009, conforme acórdão 9101-00114, assim ementado e decidido:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL - ART. 7º, INCISO I, DO REGIMENTO INTERNO DA CSRF. O recurso especial com arrimo no 7º, I, do RI da CSRF (Portaria MF 147/2007), previsto também nos regimentos anteriores, é aplicável ao CARF por força do artigo 2º da Portaria nº 41/2009 do Sr. Ministro da Fazenda, devendo ser admitido quando o recorrente apontar matéria em que houve decisão do colegiado não unânime. A essência desse recurso é mesmo a reapreciação das provas dos autos pela CSRF. A verificação da efetiva contrariedade às provas não é matéria de conhecimento, e sim o mérito do recurso.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AJUSTE NA BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES NÃO TRIBUTÁVEIS. Não é motivo para o cancelamento sumário da exigência o fato de a fiscalização incluir, equivocadamente, na base de cálculo do auto de infração, certos valores não tributáveis, quando estes podem ser perfeitamente identificados nos autos e excluídos da tributação, mormente quando a contribuinte deixou de apresentar livros e documentos fiscais durante a auditoria fiscal, ensejando ao fisco constituir o crédito tributário com base nos elementos que possuía.

ARBITRAMENTO DE LUCROS. RECEITA OMITIDA. APURAÇÃO COM BASE NOS LIVROS DE ICMS - É cabível o arbitramento de lucros com base nos valores das vendas informadas pelo contribuinte no livro registro de apuração do ICMS, confirmado pelas declarações prestadas ao fisco estadual, cabendo ao contribuinte fazer de prova de alegações de equívocos no preenchimento do livro, mediante apresentação das notas fiscais de venda/saídas que suportaram sua escrituração.

Recurso Especial do Procurador da Fazenda Nacional conhecido e provido em parte.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, conhecer do recurso especial, vencidos os Conselheiros José Carlos Passuello, José Clóvis Alves, Carlos Alberto Gonçalves Nunes e Valmir Sandri que não conheciam do recurso e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, para restabelecer a tributação sobre a receita bruta conhecida, apurada a partir dos registros do Livro de Apuração do ICMS do contribuinte, excluindo-se as parcelas correspondentes a "outras saídas", vencidos os Conselheiros José Carlos Passuello (Relator), Carlos Alberto Gonçalves Nunes e Valmir Sandri (Suplente



Convocado), que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Praga.

Uma vez verificado a conexão, cumpre dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, para adequar o julgamento deste processo ao que foi decidido no IRPJ, cujo voto trancrevo integralmente e adoto:

DA PRELIMINAR . CONHECIMENTO DO RECURSO PELA CSRF

De início, posicionei-me contrariamente ao ilustre conselheiro Relator no que tange ao conhecimento do recurso especial do Procurador da Fazenda Nacional com fulcro no art. 5º, inciso I do Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF 55/1998, que no regimento posterior (aprovado pela Portaria MF 147/2007), passou a ser o art. 7º. inciso I.

Essa matéria não é nova na CSRF, sendo que a alegação para não conhecimento é que a Fazenda Nacional deve demonstrar “precisamente” a contrariedade a lei ou a evidência da prova, e que isso deve ser verificado antes da análise do mérito, ou seja, em análise prévia ao mérito.

Ocorre que, tal qual estabelece o art. 3º do Decreto 83.304/1979, o escopo desse recurso é justamente trazer ao colegiado superior a reapreciação do conjunto probatório que ensejou a autuação, conjunto esse que pelo menos um dos conselheiros que participou do julgamento do acórdão recorrido entendeu suficiente para sustentar o lançamento de ofício.

Lembro que a Fazenda Nacional há muito já não tem a possibilidade de recurso hierárquico ao Ministro da Fazenda (desde o próprio Decreto 83.304/79), tampouco recorrer ao judiciário contra decisões do Conselho tal qual, o que pode ser feito pelos contribuintes. Essas eram as principais motivações para existência desse recurso, que foi extinto pela MP 449/2009.

Caso o colegiado superior entenda que a decisão recorrida não foi contrária à prova dos autos deve negar provimento ao recurso, fundamentadamente, e não deixar de conhecer do recurso.

Rejeito, de plano, a preliminar.

DO MÉRITO.

No mérito verifica-se que a câmara recorrida conclui que foi correta a apuração, no caso concreto, pela sistemática do LUCRO ARBITRADO, a partir dos registros dos Livros de Apuração do ICMS, conforme resumido na ementa a seguir transcrita.:

EMENTA: “ARBITRAMENTO DO LUCRO – NÃO APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO – Legítimo o arbitramento do lucro ante a não apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

RECEITA OMITIDA – APURAÇÃO COM BASE NOS LIVROS DE ICMS – Conquanto possível a determinação da receita com base nas informações colhidas através do exame do Livro de Apuração do ICMS, há de se considerar que nem todas as saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS corresponde a operações que gerem receita componente da base de cálculo do IRPJ e do PIS, improcedendo o lançamento quando comprovado que a base de cálculo eleita compreende valores não sujeitos à tributação”. *Grifei.*

Observa-se que estes livros foram os únicos elementos apresentados pela autuada perante todo período da fiscalização e reiteradas intimações e concessões de

prazo. A fiscalização, a partir da análise dos mesmos para o arbitramento dos lucros, logo, não cabe a autuada, em momento posterior ao lançamento, em sede de recurso, querer apresentar elementos contábeis/notas fiscais/outras não disponibilizados ao fisco no curso do procedimento de fiscalização: o arbitramento dos lucros não pode ser condicional.

Esse fato é fundamental para a correta decisão deste processo. Eventuais equívocos na determinação da base de cálculo devem ser apurados e excluídos e não podem servir de pretexto para cancelar integralmente o lançamento, isso seria premiar a conduta irregular do contribuinte.

Repito: respeito o posicionamento dos ilustres conselheiros Candido Neuber e Jose Carlos Passuello, mas não concordo com seus votos. Também entendo equivocada a postura dos ilustres julgadores de 1ª Instância que não aprofundaram na análise das bases de cálculo, mesmo diante das falhas apontadas pelo contribuinte. Bastava determinar uma diligência, procedimento disciplinado nos art.16 e 29 do Decreto 70.235/1972 (PAF).

Pois bem. Após minuciosa análise dos valores que integraram as planilhas do auto de infração verifiquei que estão restritas às RECEITA/FATURAMENTO, componentes para consecução da base de cálculo do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS, constantes do lançamento, não se confundem com saídas tributadas ou não pelo ICMS, ou ainda, como faz entender a decisão recorrida "todas saídas de mercadorias". Verifica-se que apenas as saídas codificadas pelos CFOP (5.12; 5.102; 6.12; 6.102), e NENHUM OUTRO.

Também não há que se cogitar a apuração pela não cumulatividade do PIS/COFINS tendo em vista a restrição da apuração pela sistemática do Lucro Arbitrado.

Outrossim, não há que se falar cancelamento da exigência em face de possíveis substituições tributárias na venda de determinados produtos, visto que a regular contabilidade faria prova, sim, a favor da autuada se a mesma a tivesse escriturado e apresentado ao fisco. Porém, preferiu apresentar ao fisco apenas os Livros de Apuração de ICMS, e, após ser confrontada mediante as planilhas de levantamento fiscal, silenciou-se.

Caso a contribuinte faça prova efetiva da retenção de PIS e Cofins por substituição tributária, tais valores devem ser subtraídos da exigência pela DRF Maringá.

DA CORRETA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É imprescindível delimitar o campo de atuação. A sistemática de apuração baseia-se no Lucro Arbitrado, com base nos Livros de Apuração do ICMS. Logo, a procedência ou não do lançamento deve restringir-se aos elementos disponibilizados ao fisco durante o procedimento fiscal (Livro de Apuração de ICMS) e à sistemática adotada (Lucro Arbitrado), consentida no julgado da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Assim, conforme demonstrado em planilha anexa que as divergências de apuração apontadas pela autuada e alguns outros ajustes efetivados por este relatório não representam mais de 0,1 % (ZERO VIRGULA UM POR CENTO), ou 0,001 do total dos valores apurados pela fiscalização.

Difícil, neste diapasão, quaisquer argumentos lógico-dedutivos, intuitivos que sejam, que possam demonstrar dano ou prejuízo ao autuado, a não ser por pequenas divergências apresentadas nas planilhas anexas a este voto (JÁ AJUSTADAS – Bases de Cálculo - Faturamento), suficientes ao deslinde, cujo resultado final é o seguinte:

mês/ano	FATURAMENTO LÍQUIDO	AUTO DE INFRAÇÃO BASE DE CÁLCULO LANÇADA	Deduções não computadas na AÇÃO FISCAL	NOVA BASE DE CÁLCULO
jan/01	4.674.391,93	4.677.328,03	2.936,10	4.674.391,93
fev/01	5.371.752,35	5.376.311,57	4.559,22	5.371.752,35
mar/01	7.080.363,10	7.086.325,45	5.962,35	7.080.363,10
abr/01	6.100.644,74	6.103.972,13	3.327,39	6.100.644,74
mai/01	6.500.154,70	6.502.525,64	2.370,94	6.500.154,70
jun/01	5.947.020,26	5.950.587,92	3.567,66	5.947.020,26
jul/01	6.171.864,05	6.175.457,31	3.593,26	6.171.864,05
ago/01	7.432.728,52	7.435.640,12	2.911,60	7.432.728,52
set/01	8.037.486,98	8.043.594,14	6.107,16	8.037.486,98
out/01	8.190.010,50	8.194.830,85	4.820,35	8.190.010,50
nov/01	8.434.707,84	8.438.947,62	4.239,78	8.434.707,84
dez/01	9.510.666,73	9.517.838,44	7.171,71	9.510.666,73
jan/02	7.010.319,13	7.015.315,79	4.996,66	7.010.319,13
fev/02	7.582.786,82	7.587.022,66	4.235,84	7.582.786,82
mar/02	8.389.669,99	8.395.228,22	5.558,23	8.389.669,99
abr/02	7.332.178,53	7.337.809,41	5.630,88	7.332.178,53
mai/02	7.710.078,62	7.714.847,55	4.768,93	7.710.078,62
jun/02	7.610.437,18	7.615.532,93	5.095,75	7.610.437,18
jul/02	7.903.333,52	7.908.127,32	4.793,80	7.903.333,52
ago/02	8.297.983,00	8.302.169,69	4.186,69	8.297.983,00
set/02	8.229.461,35	8.235.337,14	5.875,79	8.229.461,35
out/02	8.625.681,84	8.631.143,01	5.461,17	8.625.681,84
nov/02	8.556.739,83	8.560.984,61	4.244,78	8.556.739,83
dez/02	10.687.770,04	10.696.265,69	8.495,65	10.687.770,04
jan/03	8.281.554,15	8.546.895,34	265.341,19	8.281.554,15
fev/03	8.890.139,28	8.890.139,28	-	8.890.139,28
mar/03	10.099.607,56	10.099.607,56	-	10.099.607,56
abr/03	9.964.263,79	9.964.263,79	-	9.964.263,79
mai/03	9.219.430,05	9.219.430,05	-	9.219.430,05
jun/03	8.910.559,68	8.910.559,68	-	8.910.559,68
jul/03	9.462.091,56	9.462.091,56	-	9.462.091,56
ago/03	9.945.009,46	9.945.009,46	-	9.945.009,46
set/03	10.191.276,09	10.191.276,09	-	10.191.276,09
out/03	12.356.544,00	12.356.544,00	-	12.356.544,00
nov/03	11.587.766,20	11.587.766,20	-	11.587.766,20
dez/03	15.386.969,81	15.386.969,81	-	15.386.969,81
TOTAL	305.683.443,18	306.063.696,06	380.252,88	305.683.443,18

Em verdade, não há discrepância alguma com relação às codificações de caídas utilizadas pelo fisco. A exemplo, demonstrar-se-á um a um os meses em que o julgado tomou como parâmetros e, aparentemente, observou divergências, as quais foram basilares para convicção ao julgado da Terceira Câmara e que se resultarão afastadas, como abaixo em alongada demonstração:

No mês de Janeiro de 2001, filial 03 (CNPJ:03148547/0004-70), a Planilha do Auto de Infração consubstanciou-se no valor de Saídas - faturamento de R\$ 168.075,29. O valor apurado pelo julgado do Conselho e que deu convicção para anular a exigência fiscal restou em R\$ 167.998,79. Ora, o valor de R\$ 168.075,29 é a composição da soma dos códigos (5.12 e 6.12) ambos relativo à venda de mercadorias (Faturamento), assim demonstrados: (5.12 - R\$167.998,79 ; e no código 6.12 - R\$ 76,50 = R\$ 168.075,29). Vejam que os elementos de convicção abaixo demonstrados são falhos e merece revisão desta Corte.

Para os meses de fevereiro à julho, o Relatório do julgado confirma os valores lançados.

Para o mês de agosto à dezembro/2001 (filial 03), assim como para os anos de 2002 e 2003, o relatório informa divergências genéricas, sem contudo demonstrar quais as divergências. Assim, demonstra-se que para os meses de agosto a dezembro de 2001, e para os anos de 2002 e 2003, integralmente, a composição do faturamento nos Códigos de Saídas se revestem, EXCLUSIVAMENTE dos códigos (5.12 e 6.12 - Vendas-Faturamento), o que pode ser confirmado na planilha do Auto de Infração e na nova planilha anexa ao presente voto assim respectivamente:

- c.1) agosto/2001: R\$ 65313,85+45,00=R\$ 65.358,85;
- c.2) setembro/2001: R\$ 104.705,62+3.128,70=R\$ 107.834,32;
- c.3) outubro/2001: R\$ 153.744,25+3.307,52=R\$ 157.051,77;
- c.4) novembro/2001: R\$ 304.478,48+3.016,00=R\$ 307.494,48;
- c.5) dezembro/2001: R\$ 266.340,68+138.797,82=R\$ 405.138,50;
- C.6) janeiro/2002: R\$ 146583,07+2881,5=R\$ 149.464,57;
- c.7) fevereiro/2002: R\$ 118292,8+4281,11=R\$ 122.573,91;
- c.8) março/2002: R\$ 181873,41+1344,52=R\$ 183.217,93;
- c.9) abril/2002: R\$ 151784+1350,39=R\$ 153.134,39;
- c.10) maio/2002: R\$ 134243,93+1360,8=R\$ 135.604,73;
- c.11) junho/2002: R\$ 175452,91+10562=R\$ 186.014,91;
- c.12) julho/2002: R\$ 114092,52+1452,2=R\$ 115.544,72;
- c.13) agosto/2002: R\$ 138704,94+9046,62=R\$ 147.751,56;
- c.14) setembro/2002: R\$ 199147,25+1593=R\$ 200.740,25;
- c.15) outubro/2002: R\$ 131346,32+1690=R\$ 133.036,32;
- c.16) novembro/2002: R\$ 151519,2+27,96=R\$ 151.547,16;
- c.17) dezembro/2002: R\$ 353453,3+4,5=R\$ 353.457,80;
- c.18) janeiro/2003: R\$ 153129,63=R\$ 153.129,63;
- c.19) fevereiro/2003: R\$ 95711,31+115680=R\$ 211.391,31;
- c.20) março/2003: R\$ 192739,14+107968=R\$ 300.707,14;

- c.21)abril/2003:R\$ 86172,63+59,06=R\$ 86.231,69;
- c.22)maio/2003:R\$ 131947,53+92456,9=R\$ 224.404,43;
- c.23)junho/2003:R\$ 241880,24+114638=R\$ 356.518,24;
- c.24)julho/2003:R\$ 254930,57+40,62=R\$ 254.971,19;
- c.25)agosto/2003:R\$ 150638,11+56,5=R\$ 150.694,61;
- c.26)setembro/2003:R\$ 115062,49+1517,1=R\$ 116.579,59;
- c.27)outubro/2003:R\$ 219908,94+76904,59=R\$ 296.813,53;
- c.28)novembro/2003:R\$ 132662,79+67433,8=R\$ 200.096,59;
- c.29)dezembro/2003:R\$ 563893,33+70858,75=R\$ 634.752,08.

Pelo exposto acima, verifica-se que tais divergências não ocorreram, visto que apenas os códigos que indicam faturamento das Saídas foram utilizados. Este procedimento é inerente à todas as filiais da sociedade empresária.

Em relação aos códigos de Saídas, nos itens 2 e 3 do relatório do julgado, ocorreram, como demonstrado, realmente, dois erros, um de digitação, e um de informação, que mostra-se ajustado na planilha anexa, e bastaria simples verificação para o devido ajuste no julgado, resultando em procedência parcial do Auto de Infração.

No que tange ao erro de digitação (item2), resultou em base de cálculo inferior, inclusive, não prejudicando ao contribuinte, sendo o valor digitado R\$ 1.019.904,84, e o valor constante do Livro de Apuração o valor de R\$ 1.099.904,84, demonstrando-se um erro de digitação em favor do contribuinte.

Quanto ao erro de informação (item 3), ocorreu apenas no mês de janeiro/2003 da filial 02 – CNPJ nº 03.148.547/0003-99, no valor de R\$ 263.906,06, valor que deveria ter sido excluído por não integrar vendas, valor este já corrigido na nova planilha.

Outra alegação do contribuinte, ainda que não conste do relatório do julgado, mas deve-se esclarecer, diz respeito ao mês de janeiro/2002 da filial 01, onde o contribuinte alega que dentro do código 5.12 haveriam vendas que não entrariam na base de cálculo do IRPJ/PIS. Esta alegação não foi utilizada no julgado, e nem poderia, tendo em vista que a escrituração demonstra venda de mercadorias para revenda, e, não havendo contabilidade, e não tendo o contribuinte durante o procedimento fiscal, mesmo após reiteradas intimações se manifestado e/ou apresentado elementos que demonstrassem que no código de vendas haveria informado outra operação divergente, ou de venda de imobilizado que tem código específico, não se confundindo com códigos de venda de mercadorias. Assim, não deve prosperar tal alegação.

Ponto também de informação do contribuinte diz respeito à filial 03, onde alega que seria um depósito fechado. Porém, os seus livros contradizem suas alegações, pois há sim lançamentos fiscais de vendas desta filial. Fato que também constou das planilhas do auto de infração, intimadas e reintimadas ao contribuinte que nada manifestou. Assim, não poderia o mesmo se beneficiar em contraponto à sua própria escrituração, alegando desconhecê-la.

DOS VALORES TIDOS POR "SAÍDAS" NO RELATÓRIO

Em relação aos ajustes efetivados eles correspondem a 0,1242% da base de cálculo tributada nos anos-calendário de 2001 a 2003, conforme se demonstra a seguir:

Faturamento líquido tributado no AI	R\$ 306.063.696,06
Ajustes decorrentes de exclusões	R\$ 380.252,88
Nova Base de Cálculo	R\$ 305.683.443,18
Percentual das exclusões não computadas, em relação ao faturamento líquido tributado no AI	$\% = 380.252,88 / 306.063.696,06 = 0,1242\%$

Enfatizo que a fiscalizada não pode desconhecer o teor dos livros que ela própria escriturou e apresentou a fiscalização, portanto não há o que se falar sobre preterimento do seu direito de defesa.

Diante dos fatos e dos números, a verdade material deve prevalecer, nesse caso, para manter a exigência.

CONCLUSÃO.

Por todo exposto, voto por conhecer do recurso, e, no mérito dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, para restabelecer a tributação sobre a receita bruta conhecida, apurada a partir dos registros do Livro de Apuração do ICMS do contribuinte, excluindo-se as parcelas correspondentes a "outras saídas", conforme planilhas anexas.

Cumpra esclarecer que o provimento é parcial tendo em vista que os valores a serem excluídos das bases de cálculos são maiores que os anteriormente apurados pela fiscalização.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional no presente processo, relativo a Cofins, para restabelecer a tributação observando o que foi decidido no recurso 151294.

Antonio Praga.