



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11080.005402/2004-14  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1201-005.539 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 7 de dezembro de 2021  
**Recorrente** TEXTIL CAMBURZANO S/A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2002

**NULIDADE. OFENSA À COISA JULGADA**

Não ofende a coisa julgada a alteração da parte final da ementa da decisão de primeira instância, realizada em segundo julgamento, pela verificação da existência de erro material.

**NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ACESSO AOS AUTOS.**

Não há cerceamento de defesa quando não comprovada a impossibilidade de acesso aos autos.

**PERÍCIA. VALORES INDEVIDAMENTE INSERIDOS NO AUTO DE INFRAÇÃO.**

Não há necessidade de perícia para exame de fatos contábeis ou fiscais de natural conhecimento dos julgadores. A perícia não deve ser utilizada como meio para produção de provas.

**MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. SÚMULA CARF Nº 2**

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

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Ano-calendário: 2002

**MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. SÚMULA CARF Nº 96**

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108**

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

Ano-calendário: 2002

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão sobre o lançamento de IRPJ para os demais lançamentos decorrentes.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS E COFINS. MERCADORIAS DE ESTOQUE. DAÇÃO EM PAGAMENTO. FATURAMENTO. PIS E COFINS**  
A receita decorrente da dação em pagamento, por meio da entrega de mercadorias em estoque para abatimento de dívidas, constitui o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO.**

O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS, devendo ser deduzido da base de cálculo destes tributos pelo montante dos valores destacados nas notas fiscais componentes do faturamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar o agravamento da multa, reduzindo-a de 112,5% para 75%, e para determinar a dedução dos valores de ICMS das bases de cálculo mensais do PIS e da COFINS, conforme tabela constante do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Sergio Magalhaes Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada), Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação a lançamentos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), relativos a ao ano-calendário de 2002.

Consta do relatório do acórdão recorrido as seguintes informações acerca do procedimento fiscal

A autuação diz respeito a (a) arbitramento do lucro face à não apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal (ver art. 530, III, do Decreto n.º 3.000/99 — Regulamento do Imposto de Renda — RIR/99) e (b) omissão de receitas (art. 537 do RIR/99), determinada em função da existência de saídas de mercadorias registradas nos livros do ICMS sob código 5.99 ("outras saídas e/ou prestações de serviços não especificados"), que, segundo a fiscalização, configuram venda de mercadorias.

Houve aplicação da multa de ofício de que trata o art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996, agravada para 112,5%, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, em face do não atendimento de intimações por parte da contribuinte.

A autuação reflexa de CSLL, PIS e COFINS ocorreu em conformidade com o art. 24, §2º, da Lei n.º 9.249/1995.

A descrição dos fatos que levaram ao arbitramento do lucro e ao agravamento da penalidade está apresentada no item 3 do relatório fiscal, sob o título "Da execução da fiscalização e do domicílio fiscal do sujeito passivo".

O agente fazendário evidencia, em detalhada narrativa, as circunstâncias que circunscreveram as intimações encaminhadas à contribuinte no curso da fiscalização, bem como a conduta adotada pela fiscalizada no curso do procedimento. Conclui a autoridade fazendária à fl. 37, em caixa alta, que "foram concedidas todas as oportunidades possíveis para que o contribuinte atendesse ao requerido nas intimações, e o que resultou de tudo isso é que o contribuinte não atendeu às intimações e jamais prestou esclarecimentos no sentido de informar se pretendia ou não atender e se possuía ou não os livros e documentos requisitados".

Já os fatos relativos ao lançamento de omissão de receitas estão descritos no item 4 do relatório fiscal, nominado "Das irregularidades encontradas". Essa parte da autuação diz respeito às saídas de mercadorias listadas na planilha de fl. 38, relativas a quinze notas fiscais emitidas com código de operação 5.99, que totalizam um valor total de R\$2.167.407,32.

Segundo alegado pela contribuinte no curso da fiscalização, essas mercadorias foram entregues à sociedade FABRIL SHARLENE S/A em dação em pagamento, em conformidade com o contrato de fls. 95/97. A fiscalização não contesta que tenha havido, no caso concreto, dação em pagamento. Todavia, registra que "a dação em pagamento, nos termos do direito civil, é parte de uma operação de compra e venda, como explicitado no art. 357 do Código Civil (...)" (ver fl. 41). Adiante (fl. 43), conclui que "a operação de dação em pagamento equiparou-se, como vimos, a uma operação de compra e venda", de maneira que para os efeitos de cálculo do montante da receita bruta a ser tributada, todos os valores constantes das referidas notas fiscais, registradas com código 5.99, devem ser incluídos na apuração da receita bruta da pessoa jurídica".

A contribuinte apresentou impugnação tempestiva em 21/09/2004. Os argumentos apresentados são, em resumo, os seguintes:

a) "o contribuinte possui escrita contábil regular, fato que de per si desautoriza o arbitramento" (fl. 246);

b) "(...) os valores que a fiscalização considerou equivocadamente como uma suposta omissão de receita, tratam-se de operações de dação em pagamento de mercadorias existentes à época no estoque da impugnante que foram utilizadas para pagamento de dívida contraída, que jamais podem ser consideradas como vendas de mercadorias e, conseqüentemente, não geram qualquer tipo de tributação (...)" (fl. 249); e adiante: "não

- há no caso concreto a incidência de IRPJ nestas operações por total falta de previsão legal" (fl. 250);
- c) é inconstitucional a aplicação da multa de ofício de 112,5%, que apresenta caráter confiscatório (fls. 253/357);
- d) é ilegal e inconstitucional a utilização da taxa SELIC para a apuração dos juros moratórios (fls. 258/266); e
- e) são inaplicáveis os juros sobre a multa cominada e sobre valores acessórios, como a correção monetária (fl. 264);
- f) houve indevida capitalização dos encargos (fl. 265);
- g) requer "a produção da prova pericial, imprescindível e indispensável para a verificação completa e final dos fatos" (fl. 266);
- h) o auto de infração incluiu, indevidamente, na base de cálculo do PIS e da COFINS, valores estranhos ao conceito de faturamento, tais como a receita financeira e o ICMS (fls. 287 e 374);
- i) totalmente descabida a base de cálculo utilizada para apuração do PIS e da COFINS, visto que as alterações trazidas pela Lei nº 9.718/98 são inconstitucionais, devendo ser observada apenas a base de cálculo conforme definição constante da redação original das Leis Complementares nº 07/70 e IIP 70/91 (fls. 302 e 386);
- j) a exigência da alíquota majorada da COFINS de 3% demonstra-se contrária aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia (fl. 386).

Em sessão de 10/07/2008, a 1ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Porto Alegre (DRJ/POA), por meio do Acórdão nº 10-16.595, decidiu pela manutenção das exigências conforme a seguinte parte dispositiva: *“Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de perícia, por desnecessário, e, no mérito, JULGAR PROCEDENTE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO, nos termos do voto do relator”* (e-fls. 446)

Todavia, em decorrência de erro material na reprodução da decisão em ementa, foi incluída ao final do registro das teses sobre os principais pontos do acórdão a seguinte expressão “Lançamento Improcedente” (e-fls. 445). Confira-se:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

Ano-calendário: 2002

Ementa:

IRPJ E REFLEXOS. ARBITRAMENTO. O imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

OMISSÃO DE RECEITAS. BASE DE CÁLCULO. A liquidação de passivos por meio de fornecimento de mercadorias configura geração de receita, devendo integrar as bases de cálculo para fins de lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

OMISSÃO DE RECEITAS. CSLL, PIS E COFINS. Há expressa determinação legal (§ 2º do art. 24 da Lei nº 9.249/1995) de que o valor da receita omitida deva integrar a base de cálculo da CSLL, COFINS e PIS/PASEP.

INCONSTITUCIONALIDADE. PIS. COFINS. MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. A arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não é oponível na esfera administrativa.

PEDIDO DE PERÍCIA. O pressuposto para realização de perícia é a insuficiência de conhecimento do julgador a respeito de algum elemento que compõe o litígio. Tal não ocorre em qualquer dos itens que são objeto do pedido.

#### **Lançamento Improcedente**

Apesar do comando registrado naquele Acórdão para que o sujeito passivo fosse intimado para pagamento do crédito mantido, no prazo de 30 dias, salvo interposição de recurso voluntário ao CARF, a informação contida ao final da ementa induziu a Unidade Administrativa Preparadora a proceder ao encerramento do processo com a extinção total dos débitos (e-fls. 456/459), e a encaminhar a seguinte comunicação ao sujeito passivo “*Encaminhamos a V.Sa. cópia da decisão proferida pelo senhor Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que extingue totalmente o(s) debito(s) constante do processo acima identificado*”, com ciência em 24/10/2008 (e-fls. 454/455).

Contudo, em 2010, a Unidade Preparadora, ao perceber o erro, encaminhou os autos à DRJ/POA para “providências cabíveis” (e-fls. 460), o que levou à realização, em 18/02/2010, de novo julgamento, materializado no Acórdão n.º 10-24.028, cuja parte dispositiva foi assim redigida:

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, retificar a parte dispositiva da ementa do Acórdão n.º 10-16.595, adotado em 10 de julho de 2008, constante da folha 437 dos autos, para que passe a conter a expressão “Lançamento Procedente”, tendo em vista a existência de erro manifesto, nos termos do voto do relator.

Por sua vez, a decisão foi ementada nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

Erro Manifesto.

O erro evidente, verificado à primeira vista, pode e deve ser corrigido a qualquer tempo, ainda que a decisão tenha transitado em julgado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Após ciência dessa nova decisão, em 04/03/2010, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, em 31/03/2010, em que expõe a síntese dos fatos, alega preliminarmente nulidade da decisão por ofensa à coisa julgada, nulidade por cerceamento do seu direito de defesa, e, no mérito, renova as alegações apresentadas em sua impugnação.

É o relatório.

Fl. 6 do Acórdão n.º 1201-005.539 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 11080.005402/2004-14

## Voto

Conselheiro Sérgio Magalhães Lima, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e atende aos demais requisitos, razão porque dele tomo conhecimento.

O Recorrente, preliminarmente alega nulidade da decisão por ofensa à coisa julgada.

Alega que a União, por meio do Acórdão n.º 10-16.595, referente ao primeiro julgamento, acolheu o entendimento da impugnação da Recorrente, motivo pelo qual não apresentou recurso contra a improcedência do lançamento. E, em decorrência, com essa primeira decisão desfavorável ao Fisco formou-se coisa julgada.

Cita doutrina do professor Alberto Xavier acerca dos efeitos das decisões definitivas proferidas em processo administrativo e a força similar que possuem a de “coisa julgada formal”, cita também o art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna de 1988, e os arts. 42<sup>1</sup> e 45<sup>2</sup> do Decreto 70.235/72, para afirmar a impossibilidade de revisão de processo transitado em julgado, de ofício, pela própria autoridade julgadora.

Controverte o entendimento da decisão do segundo julgamento de que houve erro manifesto, e, portanto, passível de ser corrigido a qualquer tempo conforme disciplina do art. 32 do Decreto 70.235/1972. Para clarear a compreensão da turma julgadora *aquo* sobre o tema, confira-se o inteiro teor do voto condutor daquela decisão:

Os erros manifestos podem e devem ser corrigidos a qualquer tempo, consoante disposto no art. 32 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972. Confira-se a redação da norma:

*"Art. 32. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do sujeito passivo. "*

No entendimento do Ministro Leitão de Abreu do Supremo Tribunal Federal, exarado na apreciação do Recurso Extraordinário n.º 79.400/GB, lapso manifesto é "o erro, engano ou equívoco de caráter notório, patente, irrecusável, que se verifica *ictu oculi*, à primeira vista. Esse caráter de evidência ou de irrecusabilidade tanto pode se verificar nas inexatidões materiais ou nos erros de escrita ou de cálculo".

---

<sup>1</sup> Art. 42. São definitivas as decisões:

- I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;
- II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;
- III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

<sup>2</sup> Art. 45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio.

O art. 32 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não fixa prazo para a retificação dos erros evidentes. A retificação pode, portanto, ser procedida a qualquer tempo, tendo por objetivo tornar as decisões mais claras para os seus destinatários (contribuintes e agentes públicos). Perfeitamente plausível, assim, a correção de uma decisão transitada em julgado.

Como verifico a existência de erro patente na indicação do resultado do julgamento junto à ementa, uma vez que o acórdão e o voto apontam claramente no sentido da manutenção da cobrança do crédito tributário, voto por retificar de ofício a expressão "Improcedente", de sorte que passe a constar "Lançamento Procedente" ao pé da folha dos autos, tornando assim a ementa harmônica com o acórdão e o voto.

Reclama que *“o novo Acórdão aponta apenas como motivação para a “retificação” desarmonia da parte dispositiva da ementa com o restante do documento. Não fala em erro de escrita, claramente não se discute que a parte dispositiva da decisão declarou o Lançamento fiscal improcedente.”*(Grifei)

Em seguida cita Liebman (2005, p. 309) para quem *“a doutrina pátria há muito já consolidou o entendimento de que somente faz coisa julgada a parte dispositiva da sentença, porque aí reside o elemento mais importante da decisão judicial...”* (Grifei)

A partir deste ponto a Recorrente apresenta outras alegações que derivam do seu principal argumento, qual seja: que a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada. E de fato, há que se concordar com a Recorrente acerca dessa premissa. No entanto, confunde-se ao entender que a parte dispositiva do acórdão foi modificada.

Basta uma simples leitura da parte dispositiva do Acórdão n.º 10-16.595, que foi assim elaborada: *“Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de perícia, por desnecessário, e, no mérito, JULGAR PROCEDENTE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO, nos termos do voto do relator”*.

Resta claro, sem a necessidade de detalhado exame, que apenas a reprodução resumida dos efeitos da parte dispositiva que as turmas julgadoras de primeira instância costumam colocar ao final da ementa, e que se restringem a três (Lançamento Procedente; Lançamento Procedente em Parte; e Lançamento Improcedente), foi erroneamente redigida.

Convém ressaltar, que a ementa, no caso, representa uma mera reprodução sintética da tese sobre a qual se apoiaram os julgadores em suas razões de decidir, e o resumo da decisão ao seu final, sobre o qual recaiu o erro ora discutido, uma mera informação acessória, indicativa do resultado do julgamento para fins de controle e pesquisa, e portanto, considerado dispensável por muitos órgãos de julgamento.

Com efeito, enxergo como erro principal a equivocada leitura da decisão retificada por parte dos servidores da Unidade Preparadora, uma vez que não há margem de dúvidas sobre a manutenção da exigência, e especialmente sobre o comando para que o sujeito passivo fosse intimado para pagamento do crédito mantido, no prazo de 30 dias, salvo interposição de recurso voluntário ao CARF.

Nesse sentido, entendo que realmente houve uma simples inexatidão material da ementa do primeiro Acórdão, com a mera correção formal efetuada por meio do segundo Acórdão, de forma que tais atos foram incapazes, no seu conjunto, de invalidar a decisão pela manutenção da exigência dos créditos tributários lançados.

Em seguida, alega a recorrente “*nulidade do processo por cerceamento de defesa*”.

Afirma que, após a ciência do segundo Acórdão, em 04/03/2010, requereu cópia do Processo Administrativo, pois não conseguiu resgatar em seus arquivos a documentação referente a este processo, já que o havia considerado encerrado, com mudança, inclusive, de seu representante (Procurador).

Informa que, “*em 19 de março de 2010 voltando ao órgão foi informado que deveria pagar uma taxa para retirada das cópias, o que fez em DARF próprio, retornou diversas vezes para buscar o Processo, sem qualquer sucesso. A única informação que recebe é que não há previsão para entrega dos documentos, que não foram encontrados*”.

Considera que ocorreu um ato de recusa da entrega do processo administrativo, motivo pelo qual entende que restou configurado cerceamento de seu direito de defesa.

Cita lição de James Marins acerca do direito ao contraditório e da “*facilitação ao contribuinte de sua defesa*”, para asseverar que o prejuízo é manifesto, vez que a impediu de proceder à comparação de nova decisão com a anterior, a qualquer verificação da origem do novo julgado, e a qualquer formulação de mérito a respeito da matéria impugnada.

Colaciona jurisprudência dos Tribunais em defesa de sua tese, para, ao final, afirmar que “*o cerceamento de defesa torna nulo o processo administrativo fiscal*”.

Sobre a questão levantada, verifico que consta do formulário de solicitação de cópia de documentos (e-fls. 488) a assinatura da Representante Legal no campo de recebimento das cópias do processo (rodapé do formulário), sendo a mesma assinatura efetuada para a solicitação das cópias, conforme se verifica em campo anterior. Confira-se:

CARF MF		MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL		1010100-4126 19 MAR. 2010 Mário Fernando Pires Medeiros ATRFB - STAPECAD 37403 DRF/PORTO ALEGRE/RS	
<b>SOLICITAÇÃO DE CÓPIA DE DOCUMENTOS</b>					
Nome / Nome Empresarial <b>Textil Cambarzano SA</b>		Cidade <b>Porto Alegre</b>		UF <b>RS</b>	
CNPJ (CNPJ) / INSC. ESTADUAL <b>92779433/0001-38</b>		Inscrição Estadual <b>30616088</b>			
Endereço (suplemento de endereço de entrega de bens)					
INSCRIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDAS (para contribuintes e contribuintes)					
DIRETIVA (Declaração de Imposto de Renda - Fim de Período)					
DIRETIVA (Declaração de Imposto de Renda - Propriedade - Territorial - Renda - IRF)					
DIRETIVA (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais)					
1) Formulário (Pedido de Liberação de Restituição ou Reembolso de Imposto de Renda - Contribuinte)					
Outras Declarações, Documentos ou Processos:		<b>11080.005402/2004-14</b>			
Documentos em Processamento:					
Data de Pagamento:					
Valor do Pagamento:					
Observações:		<b>Liguei para o Diego em 24/03/2010. Passei o valor. Não houve manifestação do interessado.</b>			
Assinatura do Interessado:				<b>Rócio 07/04/2010</b>	
Eu, <b>Mariana Silveira Nunes D. OS</b> , inscrito no CPF sob n.º <b>032.903.030-50</b> , solicito a(s) cópia(s) do(s) documento(s) acima discriminado(s) e autorizo o Sr (a) <b>Mariana Silveira Nunes D. OS</b> , titular do CPF ou RG n.º <b>191.03.12010</b> , a recebê-la(s).					
Data:		Local:		Assinatura do Contribuinte ou procurador	
1) Caso não seja o próprio contribuinte ou seu procurador que compareça à unidade da RFB para entregar a solicitação de cópia, o reconhecimento da firma do contribuinte/procurador é obrigatório.		2) Caso o requerente não autorize terceiro a retirar a cópia solicitada, deverá utilizar os campos referentes aos dados de terceiro.			
Data:		Assinatura do interessado ou representante legal			
Nome:		Assinatura postada no momento do recebimento			
No. CPF/RG:		Assinatura do interessado ou representante legal			

Ainda que se possa imaginar a existência de erro no campo referente ao recebimento das cópias requeridas, observa-se também no centro do formulário, que aparentemente houve, no curso de processamento do pedido, comunicação com o representante, mas que foi frustrada conforme anotação “Liguei para o Diego, em 24/03. Passei o valor. Não houve manifestação do interessado”.

Todos esses fatos conduzem no sentido contrário à alegação da Recorrente. Em verdade, não somente inexistente comprovação do alegado, como também o formulário juntado aos autos denuncia que ou foram entregues às cópias ao sujeito passivo (com base na assinatura final), ou os documentos não foram entregues por inércia do interessado.

Por tal motivo, não há que se acolher a nulidade requestada.

Passo à análise de mérito.

A recorrente solicita, caso as nulidades arguidas não sejam acolhidas, a reapreciação das razões de defesa apresentadas em sua impugnação. Alega como motivo que não mais possui em seus arquivos os documentos referentes ao processo, e que não obteve sucesso no requerimento das cópias dos autos, conforme já aludido anteriormente.

Requer “especialmente manifestação sobre os pontos apontados no Acordo ora combatido, no que se refere ao voto do relator no processo anterior quanto as matérias

*descritas como sendo: -"Do arbitramento"; -"Das dações em pagamento"; Da base de cálculo do PIS e COFINS"; "Da multa de ofício e dos juros de mora"; "Do pedido de perícia"".*

Entendo que o pedido de reapreciação das razões de impugnação sejam equivalentes à dedução por escrito em recurso dos mesmos termos contidos na primeira peça, o que se admite pela alegada, mas não provada, falta de acesso aos autos.

Da leitura da decisão referente ao Acórdão n.º 10-16.595, não enxergo reparos a serem feitos em relação às razões de decidir sobre a higidez do arbitramento, pois, conforme exposto no voto condutor, *“é fato incontestável — e incontroverso —, que não houve apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais à autoridade fazendária no curso do procedimento de fiscalização, não obstante a contribuinte ter sido intimada a fazê-lo por diversas vezes”*.

Sobre o pedido de perícia, alinho-me à negativa contida naquela decisão, assim justificada: *“o pressuposto para realização de perícia é a insuficiência de conhecimento do julgador a respeito de algum elemento que compõe o litígio. Tal não ocorre em qualquer dos itens que são objeto do pedido, quais sejam, a "comprovação dos valores indevidamente inseridos no auto de infração" e a "controvérsia acerca dos juros aplicados”*.

Em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, é mansa e pacífica a jurisprudência deste Conselho no sentido de que é válida essa incidência, tendo sido a matéria assim sumulada:

#### **Súmula CARF n.º 108**

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Quanto à questão levantada sobre a tributação de receitas decorrentes de “dação em pagamento”, inicialmente, convém esclarecer que essa questão se refere à omissão de receitas (art. 537 do RIR199) apurada pela autoridade fiscal, *“em função da existência de saídas de mercadorias registradas nos livros do ICMS sob código 5.99 ("outras saídas e/ou prestações de serviços não especificados"), que, segundo a fiscalização, configuram venda de mercadorias”*

Para melhor conhecimento da questão, renovo os excertos reproduzidos no relatório acima, que traduzem, em síntese, (a) os fatos no curso do procedimento fiscal, e (b) a manifestação da Recorrente em sua impugnação:

- (a) Segundo alegado pela contribuinte no curso da fiscalização, essas mercadorias foram entregues à sociedade FABRIL SHARLENE S/A em dação em pagamento, em conformidade com o contrato de fls. 95/97. A fiscalização não contesta que tenha havido, no caso concreto, dação em pagamento. Todavia, registra que **"a dação em pagamento, nos termos do direito civil, é parte de uma operação de compra e venda, como explicitado no art. 357 do Código Civil (...)"** (ver fl. 41). Adiante (fl. 43), conclui que **"a operação de dação em pagamento equiparou-se, como vimos, a uma operação de compra e venda"**, de maneira que para os efeitos de cálculo do montante da receita bruta a ser tributada, todos os valores constantes das referidas notas fiscais, registradas com código 5.99, devem ser incluídos na apuração da receita bruta da pessoa jurídica".

- (b) "(...) os valores que a fiscalização considerou equivocadamente como uma suposta omissão de receita, **tratam-se de operações de dação em pagamento de mercadorias existentes à época no estoque da impugnante que foram utilizadas para pagamento de dívida contraída, que jamais podem ser consideradas como vendas de mercadorias** e, conseqüentemente, não geram qualquer tipo de tributação (...)" (fl. 249); e adiante: "não há no caso concreto a incidência de IRPJ nestas operações por total falta de previsão legal" (fl. 250);

A decisão recorrida se manifestou pela improcedência das reclamações quanto aos valores tomados como base de cálculo para fins de lançamento dos créditos tributários. Todavia, conquanto concorde com essa conclusão, necessário que reparos sejam feitos ao fundamento pelo qual restaram mantidos os lançamentos a título de PIS e da COFINS.

Aquela decisão entendeu que a dação em pagamento constitui receita, não apenas pelo fato de que representa uma "compra e venda", mas que, segundo a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 1 — *Estrutura Conceitual para a Elaboração e Apresentação das Demonstrações Contábeis* —, aprovada pela Resolução CFC N.º 1.121/08, do Conselho Federal de Contabilidade, "Receita" também pode surgir da liquidação de passivo, e cita o seguinte exemplo: "a entidade pode fornecer mercadorias e serviços a um credor em liquidação da obrigação de pagar um empréstimo".

Contudo, merece correção a afirmação de que "as hipóteses de incidência dos tributos lançados de ofício têm como fato gerador a existência de receita, seja ela operacional, ou não, sendo inclusive irrelevante o tipo de atividade exercido pela pessoa jurídica, conforme explicita o art. 30, §1º, da Lei n.º 9.718/1998."

Isso, porque um dos argumentos apresentados pela Recorrente se refere à expressão "receita bruta", compreendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, em confronto com a expressão faturamento presente no art. 195, I, da CF/88, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 20, de dezembro de 1998. E com a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, restou assentado que a contribuição para o PIS e a COFINS somente podem incidir sobre o faturamento, entendido como o produto da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

No entanto, uma vez que a operação de dação em pagamento se deu pela entrega de "mercadorias de seu estoque", ativo destinado à geração ao faturamento da Recorrente, é de se concluir que os valores apurados a esse título devem compor a base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS. Veja-se a conclusão da autoridade fiscal em seu TVF (e-fls. 44):

"O mero encontro de contas, efetuado com a baixa do estoque em contrapartida da quitação da dívida, não descaracteriza as operações de locação e de venda. Isso porque o objeto da dação foram mercadorias, ou seja, bens produzidos ou adquiridos para revenda e não outro ativo qualquer, como bens do imobilizado."

Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, verifica-se, em consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal (STF), que o acórdão/decisão referente ao recurso Extraordinário 574706 transitou em julgado em 09/09/2021, sendo acolhida a tese de exclusão do "ICMS destacado" da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. Confira-se a decisão de 13/05/2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em

que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, **no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado**, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (grifei)

No caso em tela, o arbitramento foi efetuado a partir das informações do Livro Registro de Saídas n.º 52 e das notas fiscais emitidas pela Recorrente, sendo confirmadas as receitas declaradas na DIPJ 2003, com base nos valores registrados com cód. CFOP 5.11, e constatada a omissão de receitas analisadas anteriormente decorrentes de “dação em pagamento”, identificadas com base em notas fiscais emitidas com cód. CFOP 5.99 (e-fls. 175/189). Veja-se:

Ainda nos procedimentos iniciais de diligência, citados no item 2, examinando o livro *Registro de Saídas n.º 52*, do ano-calendário de 2002 (fls. 161 a 174), verificamos que a receita da revenda de mercadorias informada na DIPJ 2003, no valor de R\$ 1.159.065,91, coincidia com os valores registrados com Códigos Fiscais de Operações e Prestações - CFOP números 5.11 (venda de produto do estabelecimento) e 5.12 (venda de produto adquirido de terceiro). Na planilha abaixo, estão reproduzidos os valores registrados no respectivo livro com os códigos mencionados:

(Planilha de e-fls. 40/41)

Em continuidade, verificamos que constavam também, no referido livro, outros valores, a maior parte deles expressivos, registrados com código 5.99. Por essa razão, com a finalidade de se apurar a efetiva receita auferida no decorrer do ano-calendário de 2002, e em complemento ao livro *Registro de Saídas n.º 52*, o contribuinte foi intimado (fls. 82 e 85 a 86) a apresentar os talonários com vias de todas as notas fiscais emitidas pela empresa, qualquer que tenha sido a natureza da operação que deu origem.

Analisando as notas fiscais entregues pela interessada e como já se confirmara pelo exame do livro *Registro de Saídas n.º 52*, apuramos a existência de várias delas emitidas com código 5.99 (dação em pagamento), as quais são reproduzidas na planilha abaixo e cujas cópias se encontram anexas às fls. 175 a 189:

(Planilha de e-fls. 41)

Verifico que nos documentos anexados pela autoridade fiscal, constam as informações acerca do ICMS destacado em cada uma das notas fiscais (cód. 5.11, 5.12 e 5.99), e que foram incluídos no total das receitas mensais que serviram de base de cálculo da contribuição pra o PIS e da COFINS, conforme pode ser observado nas seguintes planilhas:

Data de Emissão da Nota Fiscal	N.º da Nota Fiscal	CFOP	Valor bruto	ICMS Destacado	Valor líquido do ICMS	Folhas dos autos
31/01/2002	20296	512	345.000,00	58.650,00	286.350,00	e-fls. 168
19/01/2002	20332	512	350.000,00	59.500,00	290.500,00	e-fls. 169
28/02/2002	20333	512	9.290,02	1.579,30	7.710,72	e-fls. 169
28/02/2002	20334	512	4.598,94	781,82	3.817,12	e-fls. 169

31/03/2002	20336 (*) <sup>3</sup>	511	299.000,00	50.830,00	248.170,00	e-fls. 170
01/04/2002	20340	511	12.633,14	2.147,63	10.485,51	e-fls. 171
01/04/2002	20341	511	2.515,30	427,60	2.087,70	e-fls. 172
30/04/2002	20345	511	20.268,82	3.445,70	16.823,12	e-fls. 173
31/05/2002	20354	511	27.391,23	4.656,51	22.734,72	e-fls. 174
31/05/2002	20355	511	1.210,95	205,86	1.005,09	e-fls. 174
28/06/2002	20370	511	32.707,55	5.560,28	27.147,27	e-fls. 175
28/06/2002	20371	511	10.245,71	1.741,77	8.503,94	e-fls. 175
31/07/2002	20381	511	28.101,51	4.777,26	23.324,25	e-fls. 176
31/07/2002	20382	511	8.780,28	1.492,65	7.287,63	e-fls. 176
31/07/2002	20383	511	5.156,63	876,63	4.280,00	e-fls. 176
31/07/2002	20384	511	2.165,83	368,19	1.797,64	e-fls. 176
<b>Total</b>			<b>1.159.065,90</b>	197.041,20	962.024,70	

Data de Emissão da Nota Fiscal	Nº da Nota Fiscal	CFOP	Valor bruto	ICMS Destacado	Valor líquido do ICMS	Folhas dos autos
30/04/2002	20346	5.99	340.500,00	57.885,00	282.615,00	e-fls. 171
31/05/2002	20358	5.99	225.000,00	38.250,00	186.750,00	e-fls. 172
30/06/2002	20372	5.99	18.900,00	3.213,00	15.687,00	e-fls. 173
31/07/2002	20385	5.99	336.999,00	57.289,83	279.709,17	e-fls. 174
30/08/2002	20397	5.99	10.748,61	1.827,26	8.921,35	e-fls. 175
30/08/2002	20398	5.99	144.299,94	24.530,99	119.768,95	e-fls. 175
30/09/2002	20411	5.99	2.419,05	411,24	2.007,81	e-fls. 176
30/09/2002	20412	5.99	134.700,00	22.899,00	111.801,00	e-fls. 176
31/10/2002	20419	5.99	7.320,78	1.244,53	6.076,25	e-fls. 177
31/10/2002	20420	5.99	277.495,40	47.174,22	230.321,18	e-fls. 177
29/11/2002	20428	5.99	23.827,60	4.050,69	19.776,91	e-fls. 178
29/11/2002	20433	5.99	164.500,05	27.965,01	136.535,04	e-fls. 193
24/12/2002	20441	5.99	175.000,05	29.750,01	145.250,04	e-fls. 194
31/12/2002	20442	5.99	6.696,84	1.138,46	5.558,38	e-fls. 195
<b>Total</b>			<b>2.167.407,32</b>	368.459,24	1.798.948,08	

A partir dos dados acima reproduzidos, e com base no demonstrativo das bases de cálculo mensais da contribuição para o PIS e da COFINS constante do Termo de Verificação Fiscal de fl. 42, torna-se possível a apuração dos valores, descontados do “ICMS destacado”, que representam os faturamentos mensais que deverão ser considerados para fins de apuração das exigências a título dessas contribuições. Veja-se a planilha abaixo com o resultado final:

**Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Mensal - 2002**

<sup>3</sup> \*Valor lançado no Livro Registro de Saídas, e declarado em DIPJ. Contudo consta na nota fiscal o cód. 5.99.

<i>Mês de Apuração</i>	<i>Receita Informada na DIPJ 2003</i>	<i>Receita Adicional Apurada na Fiscalização</i>	<i>Receita Bruta Total</i>	<i>Total ICMS Destacado</i>	<i>Faturamento sem o ICMS</i>
Janeiro	695.000,00	0	695.000,00	118.150,00	576.850,00
Fevereiro	13.888,96	0	13.888,96	1.579,30	12.309,66
Março	299.000,00	0	299.000,00	50.830,00	248.170,00
Abril	35.417,26	340.500,00	375.917,26	63.905,93	312.011,33
Mai	28.602,18	225.000,00	253.602,18	43.112,37	210.489,81
Junho	42.953,26	18.900,00	61.853,26	10.515,05	51.338,21
Julho	44.204,25	336.999,00	381.203,25	64.804,55	316.398,70
Agosto	0	155.048,55	155.048,55	26.358,25	128.690,30
Setembro	0	137.119,05	137.119,05	23.310,24	113.808,81
Outubro	0	284.816,18	284.816,18	48.418,75	236.397,43
Novembro	0	188.327,65	188.327,65	32.015,70	156.311,95
Dezembro	0	181.696,89	181.696,89	30.888,47	150.808,42
<i>Total</i>	<i>1.159.065,91</i>	<i>1.868.407,32</i>	<i>3.027.473,23</i>		

Sobre a aplicação de multa agravada, registra a autoridade fiscal, de forma detalhada, um denso histórico que passa por informações sobre mudança de sede, respostas sobre a impossibilidade física e legal para apresentação dos livros fiscais e contábeis, retardamento de respostas às solicitações da fiscalização, para ao final apresentar informações ineficazes, tal como a “não localização da diretora” (e-fls. 34/39). Segundo o auditor fiscal, o sujeito passivo não apresentou esse comportamento durante o procedimento prévio de diligência. Passou a adotar postura de recusa na medida em que se inaugurou a ação de fiscalização.

Em resposta, a Recorrente, com base na renovação das razões de defesa apresentadas em primeira instância, alega tão somente que é inconstitucional a aplicação da multa de ofício de 112,5%, dado o seu caráter confiscatório, controversia essa já pacificada neste Conselho, uma vez que argumentos principiológicos e/ou valorativos que se destinam a afastar a aplicação de lei, por decorrerem de matriz constitucional, não são passíveis de apreciação em razão da incompetência do Órgão para tal mister. Confirma-se a súmula CARF nº 2, aprovada pelo Pleno em 2006:

#### **Súmula CARF nº 2**

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

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005

Verifica-se, contudo, que, seja por receio, por falha no fluxo de informações internas, ou mesmo, embora não provada, por deliberada conduta com o fim de retardar a ação fiscal, a autoridade autuante obteve do próprio sujeito passivo as informações necessárias para o

lançamento por arbitramento, o que, não constitui, aos olhos deste julgador, embaraço à fiscalização. Embora, essa conduta tenha retardado a conclusão da ação fiscal, observo que não havia risco de decadência, visto que os fatos geradores são do ano de 2002, e o procedimento fiscal se encerrou em 2004.

Nesse sentido, por não enxergar outro motivo pelo qual pudesse haver um prejuízo concreto capaz de trazer óbices à apuração da infração ou ao lançamento, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que para essas situações a legislação de regência permite que o lucro seja arbitrado, entendo que a multa agravada deve ser afastada à luz da súmula CARF n.º 96, ora reproduzida:

**Súmula CARF n.º 96**

**Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 09/12/2013**

A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

**Acórdãos Precedentes:**

Acórdão n.º 9101-001.468, de 16/08/2012; Acórdão n.º 9101-000.766, de 13/12/2010; Acórdão n.º 101-97.110, de 04/02/2009; Acórdão n.º 107-07.922, de 27/01/2005; Acórdão n.º 1202-000.990, de 12/06/2013; Acórdão n.º 1301-001.202, de 07/05/2013; Acórdão n.º 1301-001.233, de 12/06/2013; Acórdão n.º 1302-000.993, de 03/10/2012; Acórdão n.º 1302-000.393, de 10/11/2010; Acórdão n.º 1401-000.788, de 09/05/2012; Acórdão n.º 1402-001.416, de 10/07/2013; Acórdão n.º 103-23.005, de 26/04/2007; Acórdão n.º 107-08.642, de 26/7/2006; Acórdão n.º 101-95.544, de 24/05/2006; Acórdão n.º 101-94.147, de 19/3/2003

Quanto às demais alegações, concluo que não são capazes de infirmar as infrações levantadas pela autoridade fiscal, motivo pelo qual devem ser mantidas as exigências constituídas pelo lançamento, exceto quanto à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS destacado nas notas fiscais das bases de cálculo mensais do PIS e da COFINS, bem como ao afastamento do agravamento da multa, reduzindo-a de 112,5% para 75% .

**CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares de nulidade, e, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL para afastar o agravamento da multa, reduzindo-a de 112,5% para 75%, e para dedução dos valores de ICMS das bases de cálculo mensais do PIS e da COFINS conforme tabela abaixo.

<i>Mês de Apuração</i>	<i>Valores de ICMS a excluir</i>	<i>Base de cálculo reajustada (PIS/COFINS)</i>
Janeiro	118.150,00	576.850,00
Fevereiro	1.579,30	12.309,66
Março	50.830,00	248.170,00
Abril	63.905,93	312.011,33
Maiο	43.112,37	210.489,81
Junho	10.515,05	51.338,21
Julho	64.804,55	316.398,70
Agosto	26.358,25	128.690,30
Setembro	23.310,24	113.808,81
Outubro	48.418,75	236.397,43
Novembro	32.015,70	156.311,95
Dezembro	30.888,47	150.808,42

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima