



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

Processo nº 11522.002362/2007-47
Recurso nº 506.808 Voluntário
Acórdão nº 1301-001.150 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de março de 2013
Matéria COFINS/PIS
Recorrente A LEITE REPRESENTAÇÕES - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES

Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A realização de diligência e de perícia não se presta para produção de provas que o sujeito passivo possuía o encargo probatório de trazer ao processo, juntamente com a impugnação.

EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES. ARBITRAMENTO DO LUCRO

Procede o lançamento com base no lucro arbitrado, a partir do período em que se processaram os efeitos da exclusão, quando a pessoa jurídica, intimada, deixa de apresentar a autoridade fiscal livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA- PIS E COFINS.

Os lançamentos do PIS e da COFINS não decorrem nem são reflexo do arbitramento do lucro, mas são consequência, sim, da exclusão do sistema de tributação simplificada e da apuração de declaração a menor de receitas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/03/2013 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 18/

03/2013 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 19/03/2013 por PLINIO RODRIGUES LI

MA

Impresso em 25/03/2013 por SUELI TORRES SILVESTRE

(assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Plínio Rodrigues Lima, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Cristiane Silva Costa.

Relatório

A empresa acima qualificada, inconformada com a decisão de julgamento em primeira instância a qual considerou o lançamento procedente, recorre voluntariamente a este Colegiado objetivando a reforma do quanto decidido.

Por bem descrever os fatos adoto o relatório do acórdão recorrido:

“Versa o presente processo sobre autos de infração, relativos a cobrança de COFINS (fls. 177/187) e de PIS (fls. 188/198), apoiados no termo de verificação fiscal de fls. 157/173 e nos demonstrativos de fls. 174/176. Os lançamentos dizem respeito a contribuições sociais dos períodos de 01/2003 a 12/2004. De acordo com a descrição dos fatos, o motivo da autuação foi a falta/insuficiência de valor recolhido da contribuição social.

2. Inconformado com a autuação, o contribuinte apresentou sua impugnação em 09/11/2007, fls. 205/215, alegando o seguinte:

a) Ocorreu vício formal pela falta de detalhamento da base de cálculo tendo em vista que o levantamento fiscal efetuado é da Filial, e não consta nos autos elementos que possam nortear com precisão a defesa;

b) Não consta nos cálculos, individualização por modalidade de tributação, vez que • há dois procedimentos: primeiro, do período em que estava no Simples, com impostos sendo calculados com base no faturamento, segundo, do período desenquadrado pelo excesso, o qual será calculado a partir de um lucro apurado.

Da forma como está não transmite clareza, violando a ampla defesa; Os tributos foram calculados sobre a égide do Simples e posteriormente também calculados pelo Lucro Presumido, ocasionando o bis in idem. Há tributos apurados nos meses de janeiro, fevereiro e março, que foram calculados pelas duas modalidades citadas;

c) Não consta nos autos, elemento indicativo da origem dos valores atribuídos tanto na valoração, quanto na percentagem de cada modalidade de tributação, que possa aferir os cálculos apresentados. O lançamento não pode valer-se de sua própria dívida;

d) Inexiste na legislação tributária, dispositivo que por presunção, ou seja, demonstrado apenas em relatório subjetivo sem nenhuma eficácia jurídica, autorize o lançamento de tributo; O Auto de Infração careceu de clareza quanto a demonstração da disponibilidade de caixa originada de receitas;

e) No afã de criar créditos tributários, o fiscal autuante violou os mais elementares princípios da profissão contábil, o da continuidade e o da competência;

f) Lembra o art. 59 do Decreto 70.235 de 6 de Março de 1972, sobre nulidade;

g) Aduziu decisões administrativas e judiciais.

h) Pede pela perícia com o objetivo de esclarecer os pontos controvertidos, caso seja necessário;

i) Pede que seja comunicado este patrono de todas as decisões deste, no endereço apresentado, conforme procuração anexa;

j) Pede pela improcedência do Auto de Infração.”

A autoridade julgadora de primeira instância (DRJ/BELÉM) decidiu a matéria por meio do Acórdão 01-13.825, de 05/05/2009, (fls. 232e s.s), julgando improcedente a impugnação apresentada, tendo sido prolatada a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, como é exemplo a edição de súmula administrativa, na forma do artigo 26-A do Decreto 70.235/1972 (incluído pela Lei nº 11.196/2005).

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial, salvo na hipótese de decisões objetivas do Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito *erga omnes* (súmula vinculante ou julgados em sede de ADI e ADC).

PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A realização de diligência e de perícia não se presta para produção de provas que o sujeito passivo possuía o encargo probatório de trazer ao processo, juntamente com a impugnação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003, 2004

DIFERENÇA DA BASE DE CÁLCULO. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A constatação de diferença na base de cálculo ou a insuficiência de recolhimento da contribuição social constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004

DIFERENÇA DA BASE DE CÁLCULO. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. A constatação de diferença na base de cálculo ou a

Processo nº 11522.002362/2007-47
Acórdão n.º **1301-001.150**

S1-C3T1
Fl. 16

insuficiência de recolhimento da contribuição social constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

É o relatório.

Passo ao voto.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Inicialmente, convém consignar que em decisão da Terceira Seção de Julgamento foi declinada a competência do presente julgamento a esta Primeira Seção.

No recurso interposto a interessada repete as argumentações da manifestação de inconformidade aduzindo:

“O julgamento "a quo", optou pela mantença *parcial* do lançamento fiscal que em sua totalidade, o AI- nº 0230100/00024/06, aponta para um total de R\$ 3.054.892,81 (Três milhões cinquenta e quatro mil oitocentos noventa e dois reais, e oitenta e um centavos), assim distribuídos: IRPJ R\$ 33.017,18, PIS R\$ 300.317,59, CSLL R\$ 453.401,23 e COFINS R\$ 1.368.156,811, TOTAL R\$ 3.054.892,811.

A ele se reporta em toda sua trajetória alegando apuração de *imposto de renda e das contribuições não pagas* nos meses de *Janeiro à-Dezembro de 2003 e 2004* e por via de consequência, expedindo o Auto de *Infração diga-se de passagem* com o mesmo numero.

Em primeiro lugar, não pode desconsiderar o fato de que o AI- nº 0230100/00024/06, de 23/08/2007, foi dado a ciência em 30/08/2007, referente o exercício de 2002. Ocorre que (sessenta) 60 dias depois, em 05/10/2007, foi dado continuidade no mesmo AI nº 0230100/00024-6, ciente em 18/10/2007, desta feita referente o exercício de 2003 e 2004. Razão pela qual denominado de "2º etapa".

Em Segundo lugar, deve atentar-se para o fato de que o primeiro AI, lavrado em 23/08/2007, deu origem ao PAT nº 11522.002116/2007-95, julgado no ACORDÃO 01-11.218 da 2º Turma da DRJ/BEL. Observe que o mesmo AI, (2º etapa) desta feita lavrado em 05/10/2007, deu origem a um novo PAT nº 11522.002362/2007-47, julgado no ACORDÃO 01-13.825 da 3º Turma da DRJ/BEL, 2 (dois) PAT, para um único AI, este fato foi levantado na impugnação, e não trazido no julgamento do Acórdão ora mencionado. Portanto, Omisso.

Dessa forma, há de se indagar; *como pode tomar em ciência, um Auto de Infração parcialmente encerrado?*. Assim, indiscutível é, que criou óbice ao direito de defesa.

Em Terceiro lugar, como já dito e nunca é demais repetir, todos os cálculos foram efetivados sobre uma base de cálculo constituída na contra mão da lei, na imposição do LUCRO ARBITRADO, totalmente em desacordo com o que determina o art. 531-I, do RIR, e IN SRF nº 93/97, art. 47, que diz: "*arbitramento previstos na legislação tributaria só é cabível na ocorrência de qualquer uma das hipótese*" Omisso no acórdão, silenciou, consentiu. Até porque, o próprio auditor atesta que recebeu os documentos.

E é neste contexto, *que repousa o mais flagrante de todos os vícios formais e materiais do lançamento, tornando-o imperfeito, e por via de consequência sem a liquidez e certeza.*”

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/03/2013 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 18/

03/2013 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 19/03/2013 por PLINIO RODRIGUES LI

MA

Impresso em 25/03/2013 por SUELI TORRES SILVESTRE

Nos autos em apreço o ilícito decorreu da apuração de insuficiência de recolhimento das contribuições ao PIS e COFINS (AC 2003 e 2004), em decorrência da exclusão da pessoa jurídica do Simples com efeitos a partir de 01/01/2003, conforme demonstrativos de apuração às fls. 174/176 a Auto de Infração de fls. 177/198.

Aqui cabe esclarecer a existência do processo administrativo nº 11522.002053/2007-77, o qual trata especificamente da Representação Fiscal para exclusão do Simples e, encontra-se arquivado na DRF/Rio Branco, pelo que depreende-se não existência de recurso com relação à exclusão. O processo nº 11522.002116/2007-95 referente ao auto de infração do SIMPLES do ano da exclusão (AC/2002), já julgado, só tratou dos lançamentos dos créditos tributários, nada com relação à exclusão em si (Acórdão 1301-00.790).

O processo administrativo nº 11522.002361/2007-01 que trata do auto de infração do IRPJ (AC/2003 e 2004) encontra-se pautado a julgamento nesta mesma Sessão.

Na sequência das indigitadas alegações recursais da contribuinte, passarei a apreciar suas argumentações.

Vieram às razões nas duas versões apresentadas, arguindo em síntese, vícios formais que prejudicariam o procedimento implicando na nulidade do mesmo.

A preliminar se confunde com o mérito da questão.

Em primeiro lugar, sobre as preliminares de nulidade invocada e relativas a “Vício Formal por Cerceamento ao Direito de Defesa”, reza o artigo 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972:

Art. 59. São Nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Em que pese a insatisfação da recorrente nas razões complementares oferecidas, onde afirma que o Auto de Infração foi dividido em duas etapas, pois tratado em dois processos, a saber: primeiro 11522.002116/2007-95 com ciência em 30/08/2007 e relativo a IRPJ do ano calendário de 2002 e, o segundo 11522.002362/2007-47 com ciência em 18/10/2007 e relativo as contribuições do PIS e COFINS dos anos calendários de 2003 e 2004, e, que neste segundo processo (ora em análise) a autoridade julgadora de primeira instância omitiu todos os esclarecimentos necessários à sua defesa no tocante especificamente a IRPJ e CSLL, não é isto que se deflue dos autos, constata-se nas conclusões do acórdão recorrido o seguinte trecho:

“Deixa-se de apreciar aos demais argumentos alusivos ao SIMPLES (do ano calendário 2002) e IRPJ (lucro real, presumido ou arbitrado, dos anos calendários 2003 e 2004), pois este processo refere-se unicamente sobre os lançamentos de COFINS e de PIS/Pasep, dos anos calendários 2003 e 2004.”

Como visto acima, as exações do IRPJ e CSLL encontram-se tratadas em processo administrativo distinto (nº 11522.002361/2007-01). Além do que no ano calendário de 2002 foi utilizada a sistemática do SIMPLES (processo 11522.002116/2007-95), enquanto

nos anos calendário de 2003 e 2004, o contribuinte estava excluído do SIMPLES e, portanto, encontra-se obrigado a recolher COFINS e PIS/Pasep. Tal explicação está presente no termo de verificação fiscal. Nesse passo, possibilitou-se perfeitamente ao contribuinte a análise do cálculo efetuado e de forma alguma cerceou-se seu direito de defesa.

Ademais, todos os argumentos trazidos na manifestação de inconformidade foram respondidos e nenhum prejuízo ocorreu na solução do litígio, prova disso são os alentados argumentos oferecidos em sede de recurso, em contraponto ao relatado no voto combatido.

Não há no procedimento nenhuma das máculas admitidas no Processo Administrativo Fiscal como causas de nulidade, determinadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972.

Quanto ao pedido de perícia, faço meus os argumentos da autoridade julgadora que me precedeu ao esclarecer que, apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de pleitear a realização de diligências/perícias, em conformidade com o artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/1972, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar imprescindíveis e/ou impraticáveis, consoante artigo 18, caput, do Decreto 70.235/1972.

Ao contribuinte foi facultado trazer aos autos, na fase de autuação, os documentos requisitados pela autoridade fiscal, tendo, também na fase impugnatória, a possibilidade de apresentar documentação hábil no sentido de elidir a tributação em tela. Nesse passo, a realização de diligência/perícia não se presta para produção de provas que o sujeito o passivo possuía o encargo probatório de trazer ao processo, juntamente com a impugnação.

Portanto, afasto as preliminares de nulidade suscitada e o pedido de perícia.

Quanto ao mérito, a interessada ataca na fase recursal, que “o Auto de Infração foi lavrado de forma presunçosa ao sabor do fisco, que tenta de todas as formas sustentar vício de escrituração, sem no entanto apontar quais vícios (cita o art. 333 do CPC)”. Além do mais, prossegue, “o ponto central da questão ora guerreada são os procedimentos utilizados pelo Auditor Fiscal, para enquadramento do Lucro Arbitrado”.

Todavia, compulsando os elementos dos autos, resta claro que o entendimento da recorrente não pode ser acolhido.

Verifica-se no Termo de Verificação Fiscal de fls. 159, que iniciada a Ação Fiscal em 15/02/2006, o contribuinte foi intimado a apresentar demonstrativos de vendas e os Livros Caixa e Inventário. Concedida prorrogação nos termos solicitados, foi entregue parte da documentação em 27/03/2006, seguiram-se novas intimações.

A fiscalização constatou que a escrituração encontrava-se com vício e não atendia aos requisitos legais. Ainda no Termo de Verificação Fiscal (fls. 70), encontra-se registrado que a contribuinte não mantém o Livro Caixa com toda movimentação financeira, inclusive bancária e, da mesma forma, não mantém o Livro de Registro de Inventário com escrituração do estoque, tudo nos termos exigidos pela Lei 9.317/1996.

Providenciou-se, então, Termo de Verificação Fiscal em 04/10/2006, intimando a contribuinte refazer sua contabilidade conforme art. 190, parágrafo único, inciso II, do RIR/1999. Para tanto, a contribuinte solicitou a devolução dos documentos em poder da fiscalização, no que foi atendido em 24/01/2007.

Ainda foi providenciada pela fiscalização intimações (Termos lavrados em 18/04/2007, 25/04/2007 e 12/06/2007), objetivando esclarecimentos por parte da contribuinte sobre incompatibilidades constatadas no confronto dos registros entre a relação por ela elaborada dos seus 50 (cinquenta) maiores clientes com os livros apresentados e planilhas obtidas da Suframa (Superintendência da Zona Franca de Manaus) relacionando notas fiscais destinadas à fiscalizada e, relativas aos anos calendários de 2002, 2003 e 2004.

Verifica-se que, após análise da escrituração apresentada foi apurada a Receita Bruta (demonstrativo em anexo ao AI), ficando comprovado que a empresa ultrapassou os limites previstos em lei para as EPP (Empresas de Pequeno Porte), o que resultou em representação fiscal para fins de exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2003.

Constata-se, no presente caso, que o lançamento se baseou em prova direta, extraída do Livro Registro de Saídas escriturado pela própria contribuinte. Os valores de vendas ali escriturados foram totalizados e confrontados com os montantes declarados à Receita Federal, com a inescapável conclusão de que parte significativa das receitas havia sido subtraída à tributação. O relatório não é, de forma alguma, subjetivo, e a eficácia jurídica do lançamento decorre da competência outorgada por lei ao Auditor-Fiscal para que, diante de infração à legislação tributária, procedesse na forma da lei ao lançamento dos tributos devidos, amparado por provas diretas, e não por presunções.

A recorrente afirma que o lançamento teria violado os seguintes princípios: *“legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, moralidade, ampla defesa, segurança jurídica e interesse público”*. Suas alegações, quanto a este ponto, são genéricas. A contribuinte não consegue demonstrar de que forma teria sido violada a legalidade. Ao contrário, o exame dos autos revela o estrito cumprimento das disposições legais, especialmente a Lei nº 9.317/1996. A verdade real foi buscada pelo Fisco, que se valeu da escrita fiscal da própria interessada. O lançamento é atividade estritamente vinculada (CTN, art. 142), pelo que sua motivação é a constatação da irregularidade tributária. O direito à ampla defesa foi garantido à interessada, nos termos da legislação que rege o processo administrativo fiscal. Finalmente, a moralidade, a segurança jurídica e o interesse público devem convergir para a correta aplicação da lei em face dos fatos, da maneira aqui levada a efeito.

Do exposto, constato que, tendo sido excluído da sistemática do Simples, como foi, a contribuinte não apresentando ao fisco os livros indispensáveis à apuração do Lucro Real ou Presumido, vide artigos 258, 259, 260 e 261 do Decreto 3.000, de 1999 (RIR/99), nessa situação, o remédio legal é apresentado pelo artigo 530, inciso III, do referido Regulamento, ou seja: o arbitramento do lucro.

Foi exatamente o procedimento da fiscalização.

Contudo, ressalte-se que a tributação correspondente ao PIS e à Cofins dar-se-á mediante a aplicação da alíquota aplicável às pessoas jurídicas em geral sobre o valor da receita bruta (informada pela contribuinte acrescida da apurada pela fiscalização e não declarada). Ou seja, os lançamentos relativos ao PIS e à Cofins não decorrem nem são reflexo do arbitramento do lucro, mas são consequência, sim, da exclusão do sistema de tributação simplificada e da apuração de declaração a menor de receitas.

De sorte verifica-se do TVF (fl. 173) o seguinte:

Ainda, em virtude da exclusão da sistemática SIMPLES, foi apurada insuficiência de recolhimento referente às contribuições COFINS e PIS. O cálculo do faturamento, base de cálculo destas contribuições, bem como o percentual aplicado para obtenção do crédito devido, encontram-se no Anexo II a este Termo e nos respectivos Autos de Infração relativos a cada categoria de tributo.

A fim se evitar dupla tributação, foram excluídos os valores pagos pelo contribuinte, de acordo com o percentual estabelecido para cada tributo, conforme conta do Anexo III a este Termo.

À luz do exposto, resta evidenciado que os reclamos da contribuinte não procedem.

Assim, voto por rejeitar as preliminares suscitadas, indeferir a perícia e, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator