



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

Processo nº 13312.000660/2006-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-004.698 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2017
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente INBRASMA - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE MÁRMORES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA

A correta descrição dos fatos no auto de infração, permitindo que o contribuinte compreenda os motivos e a base legal da autuação afasta a alegação de cerceamento do direito de defesa. Não ocorrendo descumprimento das regras previstas nos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como, do artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

BASE DE CÁLCULO. VALORES RECEBIDOS. RECEITA TRIBUTÁVEL A DIVERSOS TÍTULOS. INCIDÊNCIA.

Restando apurado nos autos receita bruta de vendas não submetidas ao crivo da tributação, deve ser exigida a diferença da COFINS correspondente, juntamente com os acréscimos legais.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Souza Bispo, Carlos Augusto Daniel Neto, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Trata-se os autos de Auto de Infração (fls. 08/14), lavrado contra a empresa INBRASMA - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE MÁRMORES LTDA., referente a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, período de apuração: ano calendário de 2002, para formalização e exigência do crédito tributário nele estipulado no valor de R\$ 211.817,75, incluindo multa de ofício e juros de mora, estes calculados até 30/11/2006.

Por bem narrar os fatos e com a devida concisão, valho-me do relatório da r. decisão, vazado nos seguintes termos:

"(...) 2. Referida exigência originou-se da apuração, pela fiscalização, da infração seguinte:

2.1. COFINS - Falta/Insuficiência de recolhimento - Valores da COFINS relativa aos fatos geradores abaixo, declarados e ou recolhidos a menor lançados conforme demonstrativos, livros fiscais, e demais documentos em anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Contribuição	Multa (%)
31/01/2002	R\$ 222.397,67	75
28/02/2002	R\$ 225.966,00	75
31/03/2002	R\$ 260.962,67	75
30/04/2002	R\$ 276.502,67	75
31/05/2002	R\$ 250.290,33	75
30/06/2002	R\$ 326.242,67	75
31/07/2002	R\$ 238.960,67	75
31/08/2002	R\$ 232.450,00	75
30/09/2002	R\$ 225.877,33	75
31/10/2002	R\$ 229.755,67	75
30/11/2002	R\$ 225.021,00	75
31/12/2002	R\$ 207.779,67	75

2.2. *Enquadramento legal: Arts. 1º da Lei Complementar nº 70/91; Arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98; com as alterações das Medidas Provisórias nºs 1.807/99 e 1.858/99 e suas reedições; Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, e 51 do Decreto nº 4.524/02. O enquadramento legal da multa e dos juros de mora, está discriminado no demonstrativo de fls. 10. Fazem parte integrante do AI todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.*

3. *Inconformada com as exigências das quais tomou ciência em 18/12/2006, conforme AR de fls. 71, a interessada ingressou com a impugnação (fls. 73/77) em 16/01/2007, ao Auto de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fundamentando sua defesa, em síntese, nos argumentos a seguir:*

Autuação fiscal após o prazo de validade do mandado de procedimento fiscal.

3.1. *o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0310300 2006 00033-0 tem como data de validade 15/11/2006, conforme consta do competente Encaminhamento. E, que o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0310300 2006 00033-0-3, ou seja, o denominado Complementar 03, não se trata em absoluto de "Prorrogação de Data", trata na verdade de comunicação de Exclusão e Inclusão do Supervisor da Fiscalização. Também, em documento fornecido pela Secretaria da Receita Federal, consta que a natureza da alteração contida no Mandado de Procedimento Fiscal Complementar 03 é a prorrogação de data, mas na descrição da alteração explica tratar-se da citada Exclusão e Inclusão do Supervisor da Fiscalização, e o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar nº 03, trata especificamente da substituição do Supervisor da presente fiscalização, enfim nada tratando de prorrogação de data. conforme documentos anexos;*

3.1.1. *desse modo, resta documentado que a prorrogação de data da fiscalização não cumpriu os preceitos legais, como também não foi comunicado por escrito a contribuinte, como deveria ser, resultando que prevalece a data inicial da validade da ação fiscal 15/11/2006.*

Desta forma a lavratura do presente Auto de Infração ultrapassa essa data de validade, pois foi emitido em 14/12/2006 e enviado via correios em 15/12/2006. Pelas razões expostas, roga a contribuinte seja declarada a nulidade da presente autuação fiscal e de todos os atos dela decorrentes;

Base de cálculo indevida, não utilização da declaração de débitos e créditos tributários federais - DCTF.

3.2. *a COFINS tem como base de cálculo o auferimento de receita pela pessoa jurídica de direito privado, todavia considerada as deduções. No caso foi aplicada a alíquota diretamente sobre o valor da receita bruta. Não deduzidas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, do*

Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI, quando houver, as receitas relativas a vendas de bens do ativo permanente. O próprio auditor afirma na Composição da Base de Cálculo — (Apuração Sintética) que extraiu os valores das vendas escrituradas do Livro Registro de Apuração do ICMS. Por esse motivo, não podemos falar aqui de vendas não escrituradas. E por estarem escrituradas, a essas vendas estão intimamente ligadas todas as deduções a elas inerentes, deduções essas que deveriam ter sido consideradas na determinação da base de cálculo;

3.2.1. simplesmente sobre as vendas extraídas do Livro Registro de Apuração do ICMS foi aplicada à alíquota de 3,00% (três por cento). No caso não foram consideradas as deduções previstas, ficou prejudicado o valor da Contribuição exigida neste Auto de Infração;

3.2.2. o documento hábil para o contribuinte declarar seus débitos para com a COFINS é a DCTF, que constitui confissão de dívida. Na DIPJ - Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, os valores da COFFNS devem ser informados, mas não se trata de uma segunda confissão de dívida, porque não teria sentido que essa confissão fosse exigida sempre em duplicidade, na DCTF e na DIPJ;

3.2.3. Entretanto, o autuante informou que comparou os valores contidos na DIPJ com os valores do Livro de Registro de Apuração do ICMS. Mas o documento correto para se comprovar o valor que o contribuinte realmente declarou como devido a COFINS é a DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, logo os números utilizados na presente ação fiscal não foram extraídos da fonte correta, não fazendo menção o acusador aos valores constantes da DCTF correspondente, não pode prosperar a autuação;

Auto de infração recebido antes da devolução dos documentos.

3.3. entende a interessada que houve cerceamento ao seu direito de defesa, fato este documentalmente provado. Pois, consta da peça acusatória, no campo Termo de Encerramento, mais especificamente no penúltimo parágrafo: "Devolvemos nesta data todos os livros e documentos utilizados na presente fiscalização, no estado em que foram recebidos".

Pede que o julgador confirme se realmente foram devolvidos ao contribuinte todos os seus livros e documentos, na forma como está escrito no Auto de Infração, na mesma data da lavratura, qual seja, em 14/12/2006. O Auto de Infração foi enviado pelos correios, mediante carta registrada sob o nº RB 61736381 9 BR, entregue em 18/12/2006;

3.3.1. os documentos e livros fiscais não foram entregues pelo correio. Como o prazo para defesa começou a contar da data da ciência do Auto de Infração, assinatura do AR, fica provado que houve cerceamento ao direito de defesa. Haja vista que a preparação da impugnação depende totalmente dos dados

constantes dos livros do contribuinte, que inclusive foram citados na peça acusatória. Não há possibilidade de preparar adequadamente a defesa no do prazo legal que a lei concede, pelo fato da entrega do Auto de Infração, ter ocorrido antes da chegada dos livros e documentos necessários, que comprovadamente ainda não estavam em poder do contribuinte. O autuante poderia ter solicitado o comparecimento do representante legal da interessada a repartição, para dar ciência da autuação, aí sim, neste mesmo momento, receber os documentos em devolução. Ao optar por enviar o Auto de Infração via postal, ficaram na repartição as caixas contendo os documentos do contribuinte. Efetivamente, o que está documentado é que a devolução dos documentos só ocorreu em 22/12/2006, conforme Termo de Devolução de Documentos nº 0001;

- *Efeitos da autuação para a sobrevivência da empresa.*

3.4. Trata-se de pequena empresa familiar, localizada em Sobral - Ceará, sem filiais, que se dedica há vários anos à atividade de serrar pedras e assim produzir chapas para serem usadas na construção civil. A fria aplicação de uma penalização fiscal, no montante pretendido pela acusação, na hipótese de prosperar, certamente provocaria imensas dificuldades, muito além da capacidade financeira da empresa, comprometendo a própria sobrevivência do contribuinte, com os previsíveis danos sociais;

3.4.1. Senhor julgador, além dos fatos e argumentos de direito apresentados, roga a acusada seja também levado esse fato em consideração.

3.5. Em resumo, são estes os pontos em que se baseia a presente impugnação:

3.5.1. Autuação fiscal emitida após o prazo de validade do MPF;

3.5.2. Base de cálculo indevida e não utilização da DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais;

3.5.3. Auto de infração recebido antes da devolução dos documentos;

3.5.4. Efeitos da presente autuação para a sobrevivência da empresa.

3.6. Diante do exposto, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração que trata o presente processo.

4. A impugnante anexou a presente defesa os documentos de fls. 78 a 107.

É o relatório.

No entanto, os argumentos aduzidos pela Recorrente, não foram acolhidos pela primeira instância de julgamento administrativo fiscal, conforme ementa do Acórdão DRJ/Fortaleza (CE) nº 08-11.694, de 28/09/2007, abaixo transcrito (fls. 115/):

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO • DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Ano-calendário: 2002

Receita Tributável

Restando apurado nos autos receita bruta de vendas não submetidas ao crivo da tributação, deve ser exigida a diferença da COFINS correspondente, juntamente com os acréscimos legais.

Nulidade do Auto de Infração

Não ocorrendo descumprimento das regras previstas nos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como, do artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

Lançamento Procedente

Em 16/10/2007 (fl. 127) a empresa foi devidamente cientificada e não resignada com a recorrida decisão, em 19/11/2007 (data da assinatura do recurso, fl. 139 e 141), interpôs o presente recurso voluntário, (fls. 129/139), no qual repisa os argumentos de sua impugnação, em resumo, conclui com as seguintes argumentações:

- que o referido Auto de Infração se encontra eivado de erros e constatações equivocadas, o que pode ser facilmente comprovado a partir de uma simples análise de todo o conjunto fático-documental já devidamente apresentado quando da peça impugnatória;

- para tanto, elabora arguição de **Nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa**, com base no Art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972. Alega que a fiscalização impôs pesadíssimos ônus à Empresa Recorrente, autuando-a a título de "falta/insuficiência de recolhimento da COFINS", acrescidos de multas de ofício e outros encargos, o que fez calcado exclusivamente num simplório e descabido documento resumo integrante do próprio Auto de Infração lavrado, denominado de "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", sem ao menos justificar de forma plausível a prática de seu ato, perquirindo a verdade dos fatos, principalmente através de um "Termo de Verificação ou Constatação Fiscal", onde explicasse com clareza todas as circunstâncias e demais constatações que o levaram a autuar uma contribuinte de forma tão rígida;

Quanto ao Mérito aduz que:

- a **Falta/Insuficiência" do recolhimento da COFINS**: é inconcebível valer-se única e exclusivamente de um mero livro fiscal, denominado "Livro de Apuração do ICMS", obrigatório apenas por parte do Fisco Estadual, para de plano afirmar que houve falta/insuficiência de recolhimento dessa contribuição, aparentemente em vista dos valores constantes das saídas de mercadorias, arroladas pelo total no fim de cada mês, não se coadunando com os valores realmente informados e acontecidos nesse ano base em que foi desenvolvida a operação fiscal, ao abandonar todos os demais Livros e a documentação legal que os lastreavam, de propriedade da empresa autuada, todos revestidos das formalidades legais intrínsecas e extrínsecas;

- da inadequação da **Base de Cálculo** utilizada: se for considerado que o critério utilizado visou efetivamente a apuração das receitas da Recorrente para fins de incidência do tributo correspondente a COFINS, a consequência inafastável será a de que a base de cálculo utilizada foi totalmente incorreta, irreal, inadequada, pois a autoridade buscou, para apurar a aquisição de disponibilidade econômica, elementos que a esta não se amolda de maneira alguma; deve-se registrar que o procedimento utilizado para a apuração da base de cálculo do imposto, em última análise, fere o próprio princípio da legalidade, na medida em que inexistia previsão legal para a adoção de "Valores de Saída de Mercadoria" como sendo faturamento da Recorrente, como base de cálculo para a incidência da COFINS.

Diante das razões expostas, requerer a esse Colegiado que conheça do presente RECURSO VOLUNTÁRIO e, por seus fundamentos fáticos e jurídicos, lhe dê integral PROVIMENTO, no sentido de reformar o acórdão guerreado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, Relator.

1. Da admissibilidade dos recursos

A Recorrente foi intimada do Acórdão recorrido no dia 16/10/2007 (terça-feira), sendo o dia 17/10/2007 o dia *a quo* para a contagem do prazo em questão e no dia 15/11/2007 (quinta-feira) o dia *ad quem*. Explica a Recorrente em seu recurso que no dia 15/11/2007 foi feriado nacional em virtude do dia da Proclamação da República Federativa do Brasil e no dia 16/11/2007 (sexta-feira), foi feriado para o Serviço Público Federal em virtude do dia do servidor público. O feriado foi regulamentado pela Portaria nº 669 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG). Portanto, o recurso está sendo protocolizado no 1º dia útil após o término do prazo em debate: 19/11/2007. A Unidade preparado reforça a tempestividade do recurso conforme Despacho de fl. 141.

Posto isto, o Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

2. Objeto da lide

A referida exigência originou-se da apuração, pela fiscalização, da infração relativo à falta/insuficiência de recolhimento de valores da COFINS relativa aos fatos geradores, declarados e/ou recolhidos a menor lançados conforme demonstrativos, livros fiscais e demais documentos anexo aos autos.

3. Preliminar de Nulidade

Aduz a Recorrente em seu recurso que "(...) Assim é que, afirmando simplesmente que a Recorrente teria deixado de oferecer à tributação, aleatoriamente, "valores", sem que declinasse de onde teriam sido apurados esses valores, mesmo porque, os quadros anexos denominados de "Composição da Base de Cálculo - Apuração Sintética) e o "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada", em qualquer ocasião, e em nenhum lugar, esclarece de onde referidos valores foram colhidos.

*"(...) Sendo assim, por ter sido lavrado em total desacordo com as normas legais vigentes, o Auto de Infração **cerceou o lídimo direito de defesa da Recorrente**, uma vez que a mesma não tem como se saber quais os reais fundamentos para a esdrúxula imputação fiscal, infringindo frontalmente o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.*

Ao que parece, os dados da fiscalização e do auto infracional respectivo foram colhidos única e exclusivamente do livro fiscal denominado de APURAÇÃO DO ICMS. Entretanto, ainda que seja esse o raciocínio mais consentâneo diante da forma de execução da ação fiscal, a mesma afigura-se totalmente descabida, pois os valores então indicados não se coadunam de maneira alguma com os importes lançados no referido livro" (Grifei).

No entanto, entendo que não assiste razão a Recorrente. Explico.

O ato de lançamento, entendido como procedimento administrativo voltado à constituição do crédito tributário, deve obedecer a imperativos de forma que garantam a sua conformação jurídica, o que ocorre perfeitamente no caso dos autos.

Quanto à alegação da ausência de prova para a conduta descrita, observo a colação de elementos probatórios trazidos aos autos entre as fls. 15/74 (Termo de Intimação solicitando os Livros Fiscais e Contábeis da empresa, respostas da Intimação, cópia de Livros Fiscais, Cópia da DIPJ e DCTF, Planilha da Composição da Base de Cálculo à fl. 47, Demonstrativo da Situação Fiscal Apurada à fl. 48, etc.) cabendo a análise de sua valoração quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos do lançamento, matéria atinente ao exame de mérito do litígio, que se dará em ocasião oportuna, posterior ao exame das questões de ordem preliminar.

Quanto ao Auto de Infração, o mesmo teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da RFB, que se encontra demonstrada, detalhada e respaldada em Livros fiscais e contábeis, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade fazendária a lavratura do auto de infração. A Recorrente foi cientificada da exigência fiscal e apresentou impugnação que foi apreciada em julgamento realizado na primeira instância. Irresignada com o resultado do julgamento da autoridade *a quo*, protocolou recurso voluntário, rebatendo as posições adotadas no acórdão recorrido, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto nº 70.235/72 foi observado, tanto o lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

Pela leitura do auto de infração, constata-se que o Auditor Fiscal não só descreveu de forma suficientemente objetiva e cristalina os fatos o enquadramento legal e normativos, o que contribuiu, decisivamente, para a exata compreensão da autuação. Ou seja, não verifico uma dúvida sequer relativa aos fatos narrados pela fiscalização, e tampouco sobre o enquadramento legal e/ou normativo adotado.

O fato é que, que nem agora no recurso, nem quando da impugnação, a Recorrente traz as justificativas plausíveis mediante documentos hábeis e idôneos, capazes de comprovar as razões das diferenças verificadas entre as receitas de vendas informadas na DIPJ e escrituradas no livro diário, em comparação com as vendas escrituradas no livro de Registro de Apuração do ICMS, como consta dos autos.

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, com a nova redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º (...).

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

O auto de Infração deve-se ter como premissa indelével a necessidade de atendimento aos requisitos mínimos de formação válida do ato administrativo fiscal, requisitos estes expressamente determinados pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional, e artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72.

Deste modo, não merece guarida a alegação de nulidade, uma vez que foram cumpridos tais requisitos legais, não se enquadrando, portanto, em nenhum dos requisitos do citado art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Por isso, rejeito a preliminar de nulidade.

4. Quanto ao Mérito

Argumenta em seu recurso que, "(...) É inconcebível valer-se única e exclusivamente de um mero livro fiscal, denominado "Livro de Apuração do ICMS", obrigatório apenas por parte do Fisco Estadual, para de plano afirmar que houve falta/insuficiência de recolhimento dessa contribuição, aparentemente em vista dos valores constantes das saídas de mercadorias, arroladas pelo total no fim de cada mês, não se coadunando com os valores realmente informados e acontecidos nesse ano base em que foi desenvolvida a operação fiscal, ao abandonar todos os demais Livros e a documentação legal que os lastreavam, de propriedade da empresa autuada, todos revestidos das formalidades legais intrínsecas e extrínsecas.

Vale ressaltar que a simples constatação de saídas de mercadorias jamais poderá ser confundido como sendo "receita de vendas" e muito menos "faturamento" de qualquer empresa".

Preliminarmente, cumpre informar que o Fisco, quando do início do procedimento de fiscalização, na forma do disposto no art. 7º da Lei nº 2.354/54 e no art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972, INTIMOU a Recorrente a apresentar, os seguintes Livros e documentos fiscais: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Apuração do ICMS; Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR); Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências; Livros auxiliares da escrituração;

Contrato/Estatuto Social e suas alterações; Registro de Inventário (fl. 15). A empresa apresentou os Livros solicitados e ao final a fiscalização efetuou a devolução dos mesmos.

Na sequência da auditoria, conforme se verifica no Termo de Intimação nº 001, de 07/08/2006 (fl. 33), a fiscalização INTIMOU a Recorrente a **apresentar explicações** para as seguintes questões apuradas: (i) Justificar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, as diferenças verificadas por esta fiscalização entre as receitas declaradas e as receitas lançadas nos livros fiscais no ano-calendário 2002, conforme demonstrativo apresentado a fl. 34; (ii) Justificar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, o lançamento contábil escriturado a crédito na conta caixa no dia 11/09/2002, no valor de R\$ 99.338,70, com o histórico de "pagamento reembolso de cheque devolvido"; (iii) apresentar as notas fiscais referentes aos valores lançados com o código fiscal 5.99 no livro de ICMS nos meses de novembro e dezembro de 2002 de valores R\$ 31.299,52 e R\$ 8.785,28, respectivamente e (iv) Apresentar a escrituração contábil e fiscal referentes a filial CNPJ 06.629.695/0002-32.

A empresa, procurando atender a fiscalização, apresentou por duas vezes seguidas, solicitação de prorrogação de prazo para proceder a parte das respostas, o que foi concedido pela fiscalização, conforme se verifica no documento de fl. 38. No entanto, após transcorrido aproximadamente 50 dias de prazo inicial, em 27/09/2006, a empresa desta forma responde em seu documento de fl. 38:

*"(...) Sobre o Termo de Intimação Fiscal nº 001, vem respeitosamente no que se refere ao questionamento sobre diferenças apontadas pela Fiscalização, entre receitas declaradas e receitas lançadas nos livros fiscais do ano-calendário 2002, **informar que, não obstante nossos esforços, devido à complexidade e volume das informações, e por se tratar de fatos ocorridos no ano de 2002, até o presente continuamos buscando colher dados conclusivos, que nos permitam apresentar informações para esclarecer a esta indagação.***

Tendo em vista que prosseguimos efetuando as pesquisas e levantamentos necessários ao adequado atendimento ao referido questionamento, rogamos respeitosamente aos senhores seja-nos concedido prazo de 15 (quinze) dias, a partir desta data, para que possamos buscar as informações e corretamente atender a este questionamento (Grifei).

Pois bem. Em relação ao argumento de que teria havido utilização de Base de Cálculo indevida, verifica-se que no lançamento de que trata os autos, foi exigido da Recorrente a título de COFINS, como falta/insuficiência de recolhimento, os valores relativo aos fatos geradores demonstrado à fl. 09 (Auto de Infração) e Planilha de fl. 48, e declarados, como no Demonstrativo de Resultados Acumulados em 31/12/2002 à fl. 31, na DIPJ às fls. 49/73) ou recolhidos a menor (cópia DCTF fls. 43/46), lançados conforme o demonstrativo de Vendas Escrituradas e Vendas Declaradas - fl. 34, o demonstrativo de Composição da Base de Cálculo fl. 47 e do Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada, fl. 48, tudo levando-se em consideração o examinado na escrituração contábil e fiscal da empresa, em especial do Livro Fiscal de apuração do ICMS (cópia fls. 17/29), e demais documentos em anexo.

O enquadramento legal do Auto de Infração foi feito em conformidade com o previsto nos arts. 1º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98; com as alterações das Medidas Provisórias nº 1.807/99 e 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, e 51 do Decreto nº 4.524/02 (fls. 9/10).

Ao meu sentir, encontra-se corretamente apurada a base de cálculo da COFINS, a medida que foi considerado como valores sujeito a tributação as diferenças apuradas a maior no livro de apuração do ICMS (fls. 16/29), comparadas com as receitas declaradas na respectiva DIRPJ (fls. 31, e 49/73).

A recorrente informa em seu recurso que, *"(...) Ademais, e o que é mais estranho e inusitado nesse caso, é ter o Agente Fiscal, sem desclassificar a escrita fiscal e contábil da Recorrente, sem sequer ter feito qualquer comentário contrário e desabonador, arbitrar o que seriam os pretensos lucros da empresa autuada, para fins de base de cálculo para incidência da COFINS"* (Grifei).

Não assiste razão à Recorrente. Como muito bem asseverado pela decisão recorrida, pode ser visto nos autos, antes da formalização do lançamento o Fisco analisou os livros e documentos que foram apresentados pela interessada, segundo solicitações contidas nos Termos de Início de Fiscalização (fls. 15) e do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fl. 33), tendo o Fisco, inclusive, **solicitado a apresentação de justificativa**, para as diferenças verificadas entre as receitas declaradas e as receitas lançadas no Livro Fiscal de apuração do ICMS relativas ao ano-calendário de 2002, conforme demonstrativos de fls. 34 e 47.

E prossegue a Recorrente alegando que:

"(...) Portanto, antes de tudo, a fiscalização deveria ter agido no sentido de apurar a real verdade dos fatos, e não embasar todo o seu procedimento sob a ótica de um único documento (livro específico de ICMS), extraindo dele um único e aleatório elemento, qual seja a adoção da totalidade da saída de mercadorias como sendo "venda ou faturamento".

No entanto, verifica-se nos autos, que a fiscalização, após ter apurado as diferenças de vendas encontradas no demonstrativo de fls. 34 e 47, e que a Recorrente não apresentou nenhuma justificativa ou elementos probatórios (naturalmente porque não tinha como justificar ou provar), desta forma submeteu à tributação as diferenças de saídas (vendas) não comprovadas, no decorrer da ação fiscal, levando em consideração as exclusões de vendas informadas no livro de apuração do ICMS, bem como, todas as deduções da base de cálculo admitidas pela legislação, declaradas pela empresa, como se vê as fls. 63 a 68.

Reclama a Recorrente que:

"(...) Melhor dizendo, se for considerado que o critério utilizado visou efetivamente a apuração das receitas da Recorrente para fins de incidência do tributo correspondente a COFINS, a consequência inafastável será a de que a base de cálculo utilizada foi totalmente incorreta, irreal, inadequada, pois a autoridade buscou, para apurar a aquisição de disponibilidade econômica, elementos que a esta não se amolda de maneira alguma".

No entanto, pode ser constatado que o Fisco elaborou no "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada" (fls. 48), apontando que a coluna base de cálculo, corresponde as vendas escrituradas no livro registro de apuração do ICMS, deduzidas as exclusões de vendas e sobre essa base de cálculo que foi aplicado a alíquota de 3% da COFINS, constando na coluna (1) os valores da COFINS apurados, na coluna (2) os débitos declarados em DCTF (fls. 43/46) e na DIPJ (fls. 63/68), na coluna (3) os créditos apurados (fls. 43/46) e na coluna (4) estão as diferenças de COFINS apuradas, representadas pelas colunas (1) menos colunas (2) ou (3), e

ainda as diferenças de base de cálculo correspondentes as diferenças de contribuições apuradas na mesma folha 48, **restando perfeitamente demonstrada nos autos, a apuração da base de cálculo da COFINS, sem nenhuma ressalva a ser feita.**

Portanto, resta muito bem claro, que em relação as diferenças encontradas pela fiscalização, a Recorrente apesar de intimada durante a fiscalização a justificar as diferenças apuradas, não logrou fazê-lo quer na ação fiscal ou na defesa (impugnação ou neste recurso), mediante documentação hábil e idônea, limitando-se a apresentar argumentos que em nada acrescenta para a justificativa solicitada.

Ao final aduz a Recorrente que:

(...) Por último, deve-se registrar que o procedimento utilizado para a apuração da base de cálculo do imposto, em última análise, fere o próprio princípio da legalidade, na medida em que inexistente previsão legal para a adoção de "Valores de Saída de Mercadoria" como sendo faturamento da Recorrente, como base de cálculo para a incidência da COFINS".

É fato que as receitas de vendas apuradas nos autos integram o faturamento bruto da empresa, como determina os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Restou consignado nos autos que o Auto de Infração formalizado, partiu da apuração das diferenças de receitas brutas de vendas informadas a maior no Livro de Registro de apuração do ICMS, e comparadas com as receitas de vendas informadas na DIPJ e escrituradas no livro Diário da empresa, cujas diferenças de falta de recolhimentos da COFINS foram corretamente apuradas, consoante consta das planilhas acostadas aos autos. Isso deixa claro que não foi somente com base em um livro como argumenta a Recorrente.

É cediço que os valores apurados na DIPJ a título de COFINS a recolher, como consta às fls. 63/68, obrigatoriamente tem que coincidir com os débitos declarados na DCTF, a título de COFINS, exatamente como consta às fls. 43/46. Portanto, nesse particular em relação ao que foi informado pela Recorrente tanto na DIPJ quanto na DCTF, não há divergência.

Como já asseverado na decisão *a quo*, conforme consta do "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada" de fls. 48, na coluna (4) está demonstrado os valores das diferenças de COFINS a pagar apuradas e para chegar a tais valores, dos valores principal apurados na coluna (1), foram deduzidos os débitos declarados coluna (2) ou créditos apurados na coluna (3). Estando referidas diferenças de COFINS a pagar, compatíveis com os valores de base de cálculo, também demonstradas na coluna (4) de fls. 48.

5. Dispositivo

Desta forma, restando demonstrado nos autos que a Recorrente subtraiu receitas não submetendo a tributação da COFINS e que todas as receitas omitidas devem ser submetidas a tributação, com base no que for apurado nos assentamentos contábeis e fiscais da empresa, mormente quando esta, intimada a apresentar justificativas para as diferenças apuradas **não logra comprovar** com documentos hábeis e idôneos, as tais diferenças.

Processo nº 13312.000660/2006-12
Acórdão n.º **3402-004.698**

S3-C4T2
Fl. 154

Voto, portanto, no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade para considerar devido o crédito tributário da forma como apurado no Autos de Infração de fls. 08/14.

Forte em todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.