



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

Processo nº 13558.002575/2008-78
Recurso nº 314.929 Voluntário
Acórdão nº **3202-000.320 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 07 de julho de 2011
Matéria PIS/COFINS
Recorrente DISTRIBUIDORA MULTIFRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: PIS/COFINS

Período de Apuração: 31/01/2003 a 31/12/2003

UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONSTANTES DO LIVRO DE REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. PROVA EMPRESTADA. Não caracteriza prova emprestada a utilização das informações prestadas pela própria contribuinte em seus livros fiscais, presumindo-se como verdadeiras os dados informados no Livro de Registro de Apuração do ICMS, servindo como elemento de prova.

MULTA QUALIFICADA. É cabível o agravamento da multa de ofício quando o sujeito passivo informa em sua DIRPJ percentual ínfimo da receita bruta declarada ao fisco estadual e escriturada no Livro de Apuração do ICMS.

Recurso conhecido em parte. Na parte conhecida, recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário; na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

José Luiz Novo Rossari - Presidente

Irene Souza da Trindade Torres - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilberto de Castro Moreira Júnior, Mara Cristina Sifuentes e Wilson Sampaio Sahade Filho.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“ Trata o presente processo de Autos de Infração lavrados contra a contribuinte acima identificada, que pretendem a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins (fls. 03/10) e da Contribuição para o Programa de Integração Social— PIS (fls. 15/24), relativas aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2003.

No Relatório de Fiscalização (fls. 27/32), o autuante informa que a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo nº 18/2007 (fls. 67/68), com efeitos a partir de 01/01/2003, por ter obtido receitas da venda de mercadorias no ano-calendário de 2002 no total de R\$ 3.935.804,16, acima do limite de enquadramento de Empresa de Pequeno Porte no SIMPLES, embora tenha apresentado Declaração Anual Simplificada como se inativa estivesse. Assim, foram lavrados Autos de Infração relativos ao SIMPLES, objeto do processo administrativo nº 13558.001874/2007-12.

Em relação ano-calendário 2003, segundo o autuante, foi constatada a falta ou insuficiência de recolhimentos da Cofins e do PIS, cujas bases de cálculo foram apuradas a partir dos valores informados no Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls. 74/88).

Acrescenta, ainda, que em face da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.33.00.0134403-8 (fls. 91/99), impetrado pela ASDAB — Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia, da qual a contribuinte faz parte, o ICMS foi excluído das bases de cálculo das contribuições, que estão, assim, demonstradas às folhas 11 (Cofins) e 20 (PIS).

Os recolhimentos efetuados pela sistemática do SIMPLES no período de março a dezembro de 2003 (extrato às folhas 69/73) foram considerados na apuração dos valores tributáveis, conforme "Demonstrativo da Partilha dos Valores Pagos do SIMPLES" (fls. 12 e 21).

Por fim, segundo o autuante, tendo em vista que a contribuinte informou à Receita Federal apenas 6,27% da receita total, restou claro o intuito de fraude definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, razão pela qual foi aplicada a multa qualificada no percentual de 150% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Cientificada dos lançamentos em 31/12/2008, conforme Aviso de Recebimento à folha 104, a contribuinte apresenta em 29/01/2009 a impugnação de folhas 105/125, alegando em sua defesa, em síntese:

- Preliminarmente, o Auto de Infração deve ser declarado nulo, pois a autuação foi baseada exclusivamente em prova emprestada, qual seja, valores declarados ao Fisco estadual, embora caracterizem meros indícios de omissão de receitas, transcrevendo jurisprudência judicial e administrativa que entende corroborar seus argumentos;

• A autuação também é nula por estar fundamentada em exclusão indevida da empresa da sistemática do SIMPLES, pois embora o Ato Declaratório Executivo nº 18/2007, exarado pela DRF/Itabuna, mencione que a exclusão se deu em função do processo nº 13558.002056/2007- 29, jamais teve conhecimento do teor daquele processo, tendo somente recebido cópia do ADE;

• Contribuintes optantes do SIMPLES, anteriormente ao ato declaratório excludente, têm direito a permanecer no regime por atender aos requisitos à época da opção, e sua exclusão somente pode ocorrer com observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o que, no presente caso, não ocorreu;

• No mérito, alega ser impossível a cobrança de tributo retroativamente, que somente pode ocorrer a partir do momento em que o Fisco tomou conhecimento de que o contribuinte não mais se enquadrava no Simples, sob pena de se ferir os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade da norma jurídica tributária, conforme jurisprudência judicial transcrita;

• Por sua própria natureza, a atividade desenvolvida pela empresa jamais poderia gerar uma receita bruta no elevado montante imaginado pelo auditor, apurado com base em elementos indiciários, ressaltando, ainda, que se localiza numa região que sofre processo histórico de degradação na economia regional, não havendo como tributá-la em percentuais incompatíveis com o lucro real da empresa sem avaliar e considerar as despesas do estabelecimento, não tendo sido considerada também a elevada inadimplência com a qual a impugnante vem se defrontando, o que reduz ainda mais a sua rentabilidade média;

• Ao final, requer a improcedência dos Autos de Infração.”

A DRJ-Salvador/BA julgou procedente o lançamento (fls. 131/135), nos termos da ementa transcrita adiante:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2003

NULIDADE.As arguições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas ,na lei para a sua ocorrência, e não há que se falar em nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis, contendo o lançamento descrição dos fatos suficiente para o conhecimento da infração cometida e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

LIVROS FISCAIS. PROVA EMPRESTADA. Não caracteriza prova emprestada a utilização do Livro de Registro de Ai-Duração de ICMS para efeito de apuração da base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS.

VALORES DECLARADOS AO FISCO ESTADUAL. IMPUGNAÇÃO. PROVAS. Os valores informados e atestados como verídicos ao Fisco estadual pelo contribuinte, mediante declaração firmada no Livro Registro de Apuração do ICMS e Registro de Saídas, presumem-se verdadeiros, cabendo prova em contrário, com elementos objetivos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Lançamento Procedente”

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls.138/159), repisando os mesmos argumentos expendidos na impugnação.

Ao final, requereu seja dado provimento ao recurso voluntário e declarada a improcedência da decisão recorrida.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Trata a lide de Autos de Infração lavrados contra a empresa **DISTRIBUIDORA MULTIFRIOS LTDA** para constituição de créditos tributários relativos à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fls. 3/14) e à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 15/26), no valor total de R\$ 999.882,25, referentes ao período de apuração de 31/01/2003 a 31/12/2003, inclusos o valor do tributo que deixou de ser recolhido ou foi recolhido a menor, da multa de ofício agravada (150%) e dos juros de mora.

Entendeu a Fiscalização ter havido omissão de receitas, a qual foi apurada por meio de divergências verificadas entre as receitas declaradas pela contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e a informada à Secretaria da Receita Federal do Brasil por meio de Declaração Anual Simplificada/2003 – SIMPLES. Concluiu o Fisco que a contribuinte, apesar de ter auferido receita no montante total de quase nove milhões de reais, decorrente da revenda de mercadorias, informou à SRF uma receita bruta anual de apenas R\$ 564.179,45, ou seja 6,27% do valor informado ao Fisco Estadual, conforme comprovam cópias das DIRPJ-Simples anexas ao Auto de Infração.

Conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 27/32), as bases de cálculo das contribuições foram apuradas a partir dos valores informados no Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls. 74/88). Entretanto, referido tributo estadual foi excluído das preditas bases de cálculo em razão de sentença judicial, proferida pelo juízo da 8ª Vara da Justiça Federal no Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.33.00.0134403-8 (fls. 91/99), impetrado pela ASDAB — Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia, da qual a contribuinte faz parte. Foram ainda considerados os recolhimentos efetuados pela sistemática do SIMPLES, no período de março a dezembro de 2003, conforme se pode verificar das planilhas às fls. 11/12 e 20/21.

Primeiramente, deve-se salientar que, por disposição dos arts. 2º e 4º Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria/MF nº. 256, de 22/06/2009, a esta Turma cabe apenas analisar a autuação quanto aos aspectos que se relacionam às contribuições da COFINS e PIS, não tendo competência regimental para julgar a exclusão da contribuinte da

sistemática de pagamento de tributos pelo SIMPLES, razão pela qual as alegações de defesa trazidas pela recorrente quanto a esta matéria não devem ser conhecidas.

Quanto à autuação referente à COFINS e ao PIS, em sede de recurso a contribuinte não trouxe qualquer elemento de prova que pudesse sustentar suas precárias alegações de defesa, já aduzidas na impugnação, não havendo nos autos contraposição às provas trazidas pela autoridade autuante.

Ressalte-se que, no processo administrativo fiscal, também é aplicável o princípio processual de que ao autor cabe o ônus de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, isto é, à Fazenda Pública cabe demonstrar os fatos que justificam o lançamento fiscal (quem alega tem de provar) e, ao sujeito passivo, os fatos impeditivos e ou modificativos do direito demonstrado pelo autor (pela Fazenda Pública).

No caso, nada traz a defesa para contrapor as provas produzidas pela autoridade autuante, e, antes pelo contrário, as explicações que fornece mostram-se vazias de fundamentação, pois à tributação não se mostram relevantes os fatores regionais da economia.

Por outro lado, como bem salientou a autoridade julgadora *a quo*, a utilização das informações prestadas pela própria contribuinte no Livro de Registro de Apuração do ICMS não se trata de utilização de prova emprestada. Esta é tipo de prova atípica, admitida pelo Direito Processual Civil em razão dos princípios da economia processual e da unicidade da jurisdição, e que consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro, isto é, as provas produzidas perante um determinado juízo são trasladadas para os autos de outro processo, com o fim de produzir prova perante outro juízo.

No caso, o que ocorreu foi um simples exame dos livros fiscais e contábeis pela autoridade competente para tanto, conforme autorizado pelo artigo 911 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, cujo amparo legal é dado pelo artigo 7º da Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, e assim dispõe, *verbis*:

Art. 911. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais.

Por último, tem-se que idêntica matéria de que tratam estes autos foi julgada por esta Turma na sessão de maio deste ano, no processo administrativo nº. 10120.016064/2008-85, em que foi relator do voto condutor do Acórdão o ilustre Conselheiro Gilberto Castro Moreira Júnior. Naquela oportunidade, este Colegiado, por unanimidade de votos, reconheceu válida a utilização das informações contantes do RAICMS e entendeu que a divergência de informações prestadas pela própria contribuinte entre os Fiscos Federal e Estadual consistia em omissão de receitas, justificando o agravamento da multa de ofício. Eis a ementa do referido Acórdão:

Assunto: PIS/COFINS

Período de Apuração: 31/01/2005 a 31/12/2005

ILEGALIDADE LANÇAMENTO. AUSÊNCIA.

Tendo o lançamento sido pautado nas provas juntadas aos autos sem que o contribuinte tenha atacado tais provas de maneira a questionar e demonstrar a ausência de conteúdo das mesmas, não há que se falar em nulidade do lançamento.

MULTA QUALIFICADA.

A prática de oferecer à tributação, em todos os períodos de apuração do ano, percentual ínfimo da receita bruta declarada ao fisco estadual e escriturada no Livro de Apuração do ICMS, constitui ilícito que justifica a qualificação da multa de ofício.

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA ALEGADA APENAS EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Segundo o artigo 17 do Decreto 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela Recorrente, motivo pelo qual se encontram preclusas as matérias alegadas pela Recorrente apenas em sede de Recurso Voluntário.

RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO EM PARTE. NA PARTE CONHECIDA, REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DE LANÇAMENTO E NO MÉRITO NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

Por todo o exposto, **CONHEÇO EM PARTE** do recurso; na parte conhecida, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres